



UNIVERSIDAD DE PANAMÁ
VICERECTORÍA DE INVESTIGACIÓN Y POSTGRADO
PROGRAMA DE DOCTORADO EN DERECHO CON ÉNFASIS EN
DERECHO LABORAL

TESIS DOCTORAL

EL RECONOCIMIENTO DE DERECHOS FUNDAMENTALES EN
EL CONTRATO DE TRABAJO

ÁMBITO DE VALIDEZ Y ESCUDO DE PROTECCIÓN DE DERECHOS INESPECIFICOS

CECILIO ANTONIO CEDALISE RIQUELME

DIRECTOR: DR. ROLANDO MURGAS TORRAZZA

TESIS PRESENTADA Y DEFENDIDA PARA OPTAR AL GRADO
ACADEMICO DE DOCTOR EN DERECHO CON ÉNFASIS EN
DERECHO LABORAL

PANAMÁ, CIUDAD UNIVERSITARIA, 2016

1 / IIII ST

**EL RECONOCIMIENTO DE DERECHOS FUNDAMENTALES EN
EL CONTRATO DE TRABAJO**

Ámbito de validez y escudo de protección de los derechos inespecíficos

Obsequio

DEDICATORIA:
A mi madre, esposa e hijos

AGRADECIMIENTOS

A mi director de tesis, el catedrático **Dr. Rolando Murgas Torrazza**, por su ayuda inestimable a lo largo de mi carrera profesional y durante la elaboración y revisión de este trabajo de investigación, sin la cual no hubiera sido posible terminar este proyecto

Al **Rvdo. Teófilo Rodríguez**, el **Hno. Juan Constancio Rilova** y la **Dra. Susana Reyes Canto**, quienes colaboraron con gran parte de los libros, traídos del extranjero, que fueron de mucha utilidad para el desarrollo de la tesis doctoral

A mis **familiares, amigos y compañeros** del programa, por su paciencia y comprensión en los momentos difíciles que se presentaron durante los cursos y las actividades previas a la tesis

ÍNDICE

DEDICATORIA.....	3
AGRADECIMIENTOS.....	4
RESUMEN	9
SUMMARY	10
ABREVIATURAS	11
INTRODUCCIÓN	13

CAPÍTULO PRIMERO

ENFOQUE TRADICIONAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

1. La concepción estrecha de los derechos fundamentales en el contexto del liberalismo clásico: protección del individuo frente al Estado	28
1 1 <i>Fruto de las revoluciones burguesas ante la negación de las libertades individuales.</i>	29
1 2 <i>Ente encargado del poder político desde el siglo XIX</i>	38
1 3 <i>Reducido ámbito de validez de los derechos fundamentales en el Estado Liberal</i>	40
2. La tendencia expansiva de los derechos fundamentales en el constitucionalismo social: “constitucionalización” de los derechos laborales en América y Europa	43
2 1 <i>Conquista de las libertades colectivas y derechos laborales, en los inicios del siglo XX, como producto de la conciencia de clase y fortaleza del movimiento obrero</i>	43
2 2 <i>Proclamación e inserción de los derechos sociales en las Constituciones de Querétaro de 1917 y Weimar de 1919</i>	49
2 3 <i>Fomento progresivo de los derechos fundamentales durante el desarrollo del Estado Social de Derecho</i>	59
3. La exigibilidad de los derechos fundamentales: distinción entre derechos civiles y sociales	63
3 1 <i>Clásica división de los derechos fundamentales</i>	63
3 2 <i>Aplicabilidad inmediata y mediata de los derechos fundamentales</i>	65

CAPÍTULO SEGUNDO

PROBLEMÁTICA DE LA *DRITTWIRKUNG DER GRUNDRECHTE* EN EL CONTRATO DE TRABAJO

1. La formación de la <i>Drittwirkung der Grundrechte</i> en la jurisdicción laboral y su extensión al resto de las relaciones jurídicas entre particulares.	73
1 1 <i>Antecedentes y pilares de la Ley Fundamental de Bonn de 1949.</i>	73
1 2 <i>Desarrollo elaborado por Hans Nipperdey en el Tribunal Federal de Trabajo Alemán, durante la mitad del siglo XX, extendido al Tribunal Constitucional Alemán con el famoso caso Luth</i>	77
1 3 <i>Posiciones acerca de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales</i>	89
1 4 <i>Pieza clave del Estado Constitucional de Derecho</i>	101
2. La vigencia de los derechos fundamentales de titularidad genérica en las empresas y centros de trabajo: “laboralización” de los derechos constitucionales en ordenamientos del continente europeo y latinoamericano	108
2 1 <i>Fundamentos del ingreso de los derechos constitucionales en la empresa</i>	109
2 2 <i>Categorías de derechos fundamentales laborales según la doctrina científica</i>	112
2 3 <i>Elementos centrales de la doctrina de los derechos fundamentales en la empresa</i>	150
3. La eficacia de derechos fundamentales en las relaciones laborales y en la esfera privada: cuestión controvertida	152
3 1 <i>Polémica diferenciada del ámbito de validez y diversidad de la esfera de protección</i>	152
3 2 <i>Procedimiento especial de tutela laboral y las acciones constitucionales como garantías indispensables para el disfrute de los derechos fundamentales del trabajador en el derecho extranjero</i>	167

CAPÍTULO TERCERO

EJERCICIO DE DERECHOS FUNDAMENTALES INESPECÍFICOS DEL TRABAJADOR SEGÚN EL ORDENAMIENTO LABORAL Y CONSTITUCIONAL

1. El ejercicio de los derechos ciudadanos del trabajador ante el poder privado del empresario	191
1 1 <i>Igualdad de trato e interdicción a la discriminación en el empleo y a cualquier acoso</i>	192
1 2 <i>Libertad religiosa o de culto en el contrato de trabajo</i>	209
1 3 <i>Libertad de expresión del trabajador en las relaciones laborales</i>	218
1 4 <i>Intimidad y privacidad del trabajador dentro de la empresa</i>	225

1 5	<i>Inviolabilidad de la correspondencia y toda forma de comunicación privada del trabajador</i>	244
2.	Los derechos fundamentales del trabajador como límites a los poderes del empresario	266
2 1	<i>Potestades del empleador basada en la libertad de empresa y propiedad privada</i>	266
2 2	<i>Medidas de organización y control impuestas dentro de la empresa ante las nuevas realidades tecnológicas.</i>	273
3.	El tratamiento de la <i>Drittwirkung der Grundrechte</i> dentro de la justicia laboral y constitucional en Panamá: ¿incomprensión o indiferencia?	276
3 1	<i>Evolución constitucional y cobertura legal de los derechos fundamentales del trabajador</i>	277
3 2	<i>Regulación insuficiente de la tutela procesal de los derechos fundamentales en las normas laborales y en el texto constitucional</i>	307
3 2 1	Ausencia de cauce procesal privilegiado en la normativa laboral	307
3 2 2	Improcedencia del amparo de garantías contra actos de particulares	330.
3 2 3	Cuestionada Sala Quinta de Garantías constitucionales implicaciones jurídicas y políticas de su supresión y reaparición	341
3 3	<i>Situación actual de la eficacia de los derechos fundamentales del trabajador</i>	356
3 3 1	Escaso o ausente debate de la problemática de la vinculación de los derechos fundamentales entre particulares en los tribunales laborales y en el plano constitucional	357
3 3 2	Ciudadanía en la empresa según la propuesta de reforma constitucional de 2012 creación de un Tribunal Constitucional y un completo sistema defensivo	370

CAPÍTULO CUARTO

EQUILIBRIO DE DERECHOS FUNDAMENTALES ANTE SU COLISIÓN EN EL ÁMBITO DE LAS RELACIONES DE TRABAJO

1.	Las restricciones de los derechos fundamentales de los trabajadores	383
1 1	<i>Inexistencia de derechos fundamentales absolutos</i>	383
1 2	<i>Cuestión de delimitación de su contenido o de limitación de su ejercicio</i>	386
2.	El equilibrio entre los derechos de la persona del trabajador y los poderes empresariales: ponderación como técnica judicial de solución de conflictos de derechos fundamentales	394
2 1	Colisión de derechos fundamentales dentro del contrato de trabajo.	394

2.2 Ponderación y proporcionalidad como cánones de enjuiciamiento en la solución de conflictos de derechos fundamentales	402
2.2.1 Aportes de los Tribunales Constitucionales extendidos a los conflictos laborales	409
3. El reconocimiento de los derechos ciudadanos dentro de la empresa: cambio paradigmático del sistema de relaciones laborales producto del activismo judicial.	418
3.1 <i>Cambio paradigmático al sistema de relaciones laborales</i> .	418
3.2 <i>Desafío pendiente y reto permanente de los regímenes jurídicos democráticos</i> .	421
CONCLUSIONES	424
RECOMENDACIONES	438
BIBLIOGRAFÍA	439

RESUMEN

En esta investigación se presenta la problemática de la *Drittwirkung der Grundrechte*, desde una perspectiva de su concepción original, destacando el merito de su creador e impulso el jurista *Hans Carl Nipperdey*, Magistrado del Tribunal Federal Laboral de Alemania, al aplicar de manera directa preceptos constitucionales en las disputas laborales donde se argumentaban violaciones a los derechos de la persona de los trabajadores, durante la década del cincuenta en el siglo pasado

Con claridad meridiana se explica la diferencia existente entre el ámbito de validez y el escudo de protección de los derechos fundamentales de la persona del trabajador, conocidos como derechos fundamentales inespecíficos o de titularidad genérica, siguiendo la doctrina española

Se plantea que la consolidación del Estado Constitucional del Derecho, pasa por el reconocimiento de la ciudadanía en la empresa, cuyo pilar fundamental radica en el respeto a la dignidad de la persona del trabajador -valor axiológico de todos sus derechos fundamentales-, lo cual es una pieza clave dentro de los actuales sistemas de relaciones laborales y que exige de un activismo judicial, promovido recientemente, mediante la aplicación de la técnica de ponderación, muchas veces expresada con el principio de proporcionalidad, encaminada a lograr la convivencia y equilibrio de los derechos fundamentales cuando se encuentran en conflicto o se presenta una colisión de esos derechos en el marco del contrato de trabajo

SUMMARY

In this research the problem of Drittwirkung Basic Rights is presented from the perspective of its original conception, emphasizing the merit of its creator and drive the jurist Hans Carl Nipperdey, Judge of the Federal Labour Court of Germany, when applying directly constitutional precepts in labor disputes where violations of the rights of individual workers is argued, during the fifties in the last century

With clarity the difference between the scope of validity and the shield of protection of fundamental rights of the individual workers, known as unspecific fundamental rights or generic title explains, following the Spanish doctrine

It argues that the consolidation of the constitutional rule of law, through the recognition of citizenship in the company, whose cornerstone is respect for the dignity of the person of the worker -value axiológico all its fundamental rights, which is a key part of current industrial relations systems and demands of judicial activism, recently promoted, by applying the weighting technique, often expressed with the principle of proportionality, aimed at achieving harmony and balance of rights fundamental when they are in conflict or collision of these rights is presented under the employment contract

ABREVIATURAS

ACP	Autoridad del Canal de Panamá
AMP	Autoridad Marítima de Panamá
CC	Corte Constitucional colombiana
CE	Constitución Española de 1978
CONATO	Consejo Nacional de Trabajadores Organizados
CONUSI	Consejo Nacional de Unidad Sindical
CP	Constitución Política de Panamá
CPC	Constitución Política de Colombia
CPP	Constitución Política de Perú
CCH	Constitución de Chile
CT	Código de Trabajo
DE	Decreto Ejecutivo
DT	Dirección del Trabajo
DUDH	Declaración Universal de Derechos Humanos
ET	Estatuto de los Trabajadores
JCD	Junta de Conciliación y Decisión
JRL	Junta de Relaciones Laborales
LRJS	Ley Reguladora de la Jurisdicción Social de España
LOACP	Ley Orgánica de la Autoridad del Canal de Panamá
LOLS	Ley Orgánica de la Libertad Sindical de España
LOTCC	Ley Orgánica del Tribunal Constitucional de España
LPJDFP	Ley de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona de España

LPL	Ley de Procedimiento Laboral
MITRADEL	Ministerio de Trabajo y Desarrollo Laboral
OIT	Organización Internacional del Trabajo
ONU	Organización de Naciones Unidas
PCSJ	Pleno de la Corte Suprema de Justicia
PIDCP	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
PIDESC	Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales
PLD	Prácticas Laborales Desleales
RAP	Reglamento de Administración de Personal
RRL	Reglamento de Relaciones Laborales
SIDA	Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida
SPCSJ	Sentencia del Pleno de la Corte Suprema de Justicia
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional español
STSTPDJ	Sentencia del Tribunal Superior de Trabajo del Primer Distrito Judicial de Panamá
STSTSDJ	Sentencia del Tribunal Superior de Trabajo del Segundo Distrito Judicial de Panamá
TCE	Tribunal Constitucional español
TCP	Tribunal Constitucional peruano
TIC's	Tecnologías de la Información y Comunicación
TSTPDJP	Tribunal Superior de Trabajo de Panamá
TSTSDJP	Tribunal Superior de Trabajo de Veraguas
VIH	Virus de Inmunodeficiencia Humana

INTRODUCCIÓN

I Marco metodológico e importancia de la investigación

Cuando advino el Estado como forma de organización política de la sociedad, buscando la convivencia pacífica, se alcanzaron y reconocieron a favor del individuo variadas libertades y derechos frente al poder público.

Esos derechos humanos fueron implantados en los textos constitucionales tras su consagración en declaraciones y pactos internacionales, siendo denominados derechos fundamentales, y llegaron a ser aplicados en el campo del derecho público exclusivamente, es decir, dentro de las relaciones jurídicas que se dieron entre el súbdito y el Estado

La protección del individuo frente a la autoridad estatal, vino a acentuarse durante el liberalismo clásico, donde se mantuvo la eficacia vertical de esos derechos o, mejor dicho, una concepción unidireccional de los derechos fundamentales que fuera controvertida a partir de la aparición de la cuestión social y consolidación de los derechos sindicales

Dentro de ese escenario fue admitida por los tribunales extranjeros la validez de los derechos fundamentales en el contexto de las relaciones industriales, cuando se impuso el respeto de la igualdad de trato y no discriminación dentro del centro de trabajo, así como cuando quedó reivindicado el derecho al libre desarrollo de la personalidad de una enfermera que fue despedida del hospital por haber contraído matrimonio, poniendo en práctica el concepto de derechos públicos subjetivos, conocido y elaborado en la doctrina alemana

Esa tendencia jurisprudencial no se mantuvo ni se ha introducido en nuestro medio, a pesar de las oportunidades presentadas como por ejemplo, cuando fue despedida una trabajadora por haberse comunicado con sus familiares, compañeros y amigos, durante el tiempo que se encontraba laborando, por medio de su correo personal operado o activado en altas horas de la noche, desde la computadora entregada para sus labores dentro de la empresa, cuando se solicitan ciertas aptitudes o condiciones físicas previas para acceder al empleo, cuando se realizan escuchas y/o grabaciones a las comunicaciones telefónicas de los trabajadores, cuando se disponga instalar videocámaras o sistemas de vigilancia en comedores, vestidores, baños o lugares de descanso de los trabajadores; cuando se imponga la utilización del polígrafo o detector de mentiras al momento de las entrevistas que se hagan a los trabajadores, y cuando se despidan al trabajador por el hecho de haberse contagiado de VIH/SIDA o padecer de cualquier enfermedad degenerativa, involutiva o terminal, entre otros supuestos

El objeto de este trabajo es aproximarnos al tema de los efectos frente a terceros de los derechos fundamentales, desde una perspectiva de su origen, dado que su ámbito privilegiado de aplicación se dio primero en el contexto del contrato de trabajo y luego fue extendido al resto de las relaciones jurídicas entre particulares. En la actualidad, se continúa invocando y propiciando el reconocimiento de los derechos fundamentales de la persona del trabajador en la jurisprudencia comparada.

Esas y otras variadas situaciones concretas que se presentan y pueden darse, todavía hoy, me llevan a preguntar ¿si un empleador puede despedir a los trabajadores por ejercer su libertad de expresión o cualquier otro derecho que tenga como persona o ciudadano?, ¿si

un empleador puede impedir o prohibir que los trabajadores se comuniquen, por cualquier medio, con terceras personas dentro de la empresa durante la prestación de sus servicios?, ¿si tienen o no validez los derechos ciudadanos en el mundo de las relaciones laborales?, ¿cómo se protege al trabajador que ha sido discriminado antes, durante y al momento de terminar su relación laboral?, ¿qué mecanismos procesales pueden ser activados para restaurar derechos ciudadanos del trabajador que son lesionados o vulnerados por el empleador?

Este estudio se centra en la idea que los derechos fundamentales que ostenta el trabajador, en su condición de persona y ciudadano, también son ejercitables o susceptibles de ser ejercidos en el ámbito de las relaciones laborales. En otras palabras, se puede decir que los derechos fundamentales reconocidos a todos los seres humanos, durante el constitucionalismo liberal como medio de defensa frente al Estado, tienen validez en el ámbito de las relaciones laborales donde pueden verse seriamente afectados y/o comprometidos por el ejercicio los poderes empresariales, fundados en las libertades de empresa y de propiedad consagradas en el texto constitucional, aun cuando carecen de mecanismos procesales para hacer efectiva su tutela en nuestro medio.

De acuerdo con los parámetros establecidos para este tipo de trabajo intelectual me he propuesto alcanzar varios objetivos, tanto generales como específicos, los cuales tendré presente durante el desarrollo de esta investigación, ya que su observancia definirá el éxito de la misma.

Así, el presente estudio tiene como objetivos generales conocer la problemática de la extensión y protección de los derechos fundamentales en el ámbito laboral, comprender

la trascendencia que tienen los derechos fundamentales de la persona del trabajador al interior de las empresas, y reconocer el papel que cumplen esos derechos en la construcción del Estado Constitucional de Derecho

Además, esta investigación tiene como objetivos específicos revisar los aportes doctrinales y textos legales que a propósito de la validez y tutela de los derechos fundamentales del trabajador han sido difundidos y recibidos en otras latitudes, analizar el tratamiento jurisprudencial existente en los sistemas jurídicos extranjeros, en torno a la temática abordada, con el fin de emplearlo como soporte y orientación a las consideraciones formuladas para su reconocimiento y regulación en el ordenamiento jurídico interno, aplicar los mecanismos procesales y pautas directrices que permiten el pleno reconocimiento de los derechos ciudadanos de los trabajadores en las empresas, y recomendar la adopción de un nuevo ordenamiento constitucional y legal que permita y/o facilite el respeto de los derechos fundamentales de titularidad genérica en el contexto de las relaciones laborales

Los objetivos fijados serán cumplidos al darse una cuidadosa revisión de la literatura que estudia el tema objeto de esta tesis, la cual está contenida en ciertas monografías, ensayos y sentencias extranjeras, aparecidas en el sitio *web* del Tribunal Constitucional Español (www.tribunalconstitucional.es/es/jurisprudencia), dentro del libro Constitución Española Legislación y Jurisprudencia, Editorial Civitas, España, 2002, y en la compilación de Tomás Sala Franco y otros, Jurisprudencia Social a Debate, Editorial Tirant Lo Blanch, España, 2015. Los contenidos jurídicos de los pronunciamientos del TCE, extractados y que han sido transcritos en el cuerpo del trabajo, pueden ser

consultados en dicho lugar y en tales obras, por lo que he omitido las citas respectivas aunque menciono las fechas de los fallos para facilitar la obtención y revisión de la información o datos relevantes suministrados

El presente el trabajo se limita al estudio de la llamada ciudadanía en la empresa o derechos fundamentales inespecíficos, como los denomina la doctrina española, dado que con respecto a ellos se ha generado un reciente debate, tanto en Europa como en Latinoamérica, y no existen muchos estudios específicos, a diferencia de los derechos fundamentales propiamente laborales que han sido objeto de múltiples y variados libros, manuales y tratados que abordan sus cuestiones doctrinales y jurisprudenciales

Las escasas producciones jurídicas alusivas a esta temática, viene a justificar la elaboración del presente trabajo científico debido a su impacto en el sistema de relaciones laborales, cuyo análisis crítico es el resultado de la actividad académica y ejercicio profesional donde se combina la teoría con la práctica. Por eso, estimo oportuno el desarrollo de este estudio que se ubica en la línea de investigación referida a la causa y efecto del despido, principal forma de terminación de la relación laboral, que produce una repercusión negativa en la persona afectada y en la sociedad en general

El enfoque de esta investigación es descriptivo y el lenguaje utilizado es sencillo, pese a lo complicado del tema que no ha sido examinado en el plano nacional sino con el presente análisis donde se cuestiona la falta de reconocimiento de los derechos fundamentales inespecíficos. Por ende, se impone su abordaje y, a la vez, se propone iniciar el debate para la introducción de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales en las relaciones laborales dentro del ordenamiento jurídico

Tal vez, esa viene a ser la verdadera importancia de esta “aventura intelectual”, cuyo principal propósito es culminar exitosamente el programa doctoral, por vez primera, ofrecido por la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Panamá

II Esquema y contenido descriptivo del estudio

El desarrollo de la investigación se hace en cuatro capítulos, debidamente estructurados, donde se analiza el tradicional enfoque de los derechos fundamentales, la problemática de la *Drittwirkung der Grundrechte*, el ejercicio de ciertos derechos inherentes a la persona del trabajador y el delicado equilibrio entre estos derechos y los poderes empresariales

En efecto, se presenta un panorama del declive experimentado del enfoque tradicional de los derechos fundamentales, formado durante el liberalismo clásico, el cual alcanzaba a proteger al individuo de forma exclusiva

También se destaca que el reconocimiento constitucional de los derechos sociales, producto de las luchas y fortaleza del movimiento obrero que tuvo su punto de partida en la Constitución de *Querétaro* de 1917 y en la Constitución alemana de *Weimar* de 1919, supuso un cambio radical frente a la actitud abstencionista del Estado que produjo la aparición y consolidación del Derecho del Trabajo. La incorporación de las libertades colectivas a los textos constitucionales es el resultado de un largo proceso evolutivo que inicia cuando el Estado actúa en las relaciones jurídicas entre particulares, brindando protección a los grupos marginados y oprimidos después de la primera revolución social del siglo XX, con lo cual se fomenta el intervencionismo estatal

Con el proceso de constitucionalización de los derechos laborales, conquista de la clase trabajadora que se impuso frente al capital y al Estado burgués, se vino a exaltar como fundamento axiológico la igualdad y la dignidad humana, al colocarlas junto al valor de la libertad. Esta tendencia gestada, en América, rápidamente es propagada al continente europeo como bien destacan los autores, aunque no siempre ese origen ha sido compartido por todos.

Ello condujo a establecer una reacción contra la configuración de las libertades civiles y políticas, ampliándose el horizonte de los derechos fundamentales dado que estaban reducidos en su ámbito de aplicación o radio de acción, destinadas a la protección del individuo frente al Estado.

También se recuerda que los señalados derechos fundamentales se plasmaron en la Ley Fundamental de *Boon* de 1949, específicamente en la primera parte de ese instrumento jurídico, no como meras declaraciones programáticas sino como derechos subjetivos susceptibles de ser exigibles en los tribunales de justicia. Durante la vigencia de este estatuto se produjo la doctrina de la *Drittwirkung der Grundrechte*, bajo las ideas de *Hans Carl Nipperdey* que fueron plasmadas en la jurisprudencia del Tribunal Federal Laboral, al proponerse la eficacia inmediata de los derechos fundamentales en el contrato de trabajo que acogiera al poco tiempo la justicia constitucional.

Esa doctrina vino a instituir una revalorización de la posición del trabajador en los centros de trabajos, ante el descuido de su condición personal, debido a la atención que prestara el movimiento obrero a la expansión y consolidación de la negociación colectiva.

Éste y otros medios de acción sindical buscaban como hoy la defensa de los derechos sociales.

La problemática de la *Drittwirkung der Grundrechte* encierra la validez de los derechos fundamentales que se refiere al alcance que tienen estos derechos sobre el resto del ordenamiento jurídico y los mecanismos técnicos que sirven para defenderlos lo que equivale a hablar de su tutela judicial. Ambas cuestiones si bien son distintas, al mismo tiempo, resultan complementarias puesto que una necesita de la otra. Así, la plena vigencia de los derechos fundamentales depende de las garantías previstas en el sistema normativo. La eficacia horizontal de los derechos fundamentales trajo consigo un resquebrajamiento de la tradicional concepción del constitucionalismo liberal, cuando hizo oponibles esos derechos ante los particulares, y con ello dio un paso firme hacia un constitucionalismo de igualdad.

Entonces, se entiende que la vigencia alude a la existencia de las normas y relaciones a las cuales se aplican esos derechos y, por su lado, la eficacia se refiere a los medios y cauces que los aseguran cuando son vulnerados por los particulares, inclusive, quedando zanjada la confusión entre el ámbito de validez y el escudo de protección de los derechos fundamentales.

Respecto a la esfera de protección de los derechos fundamentales, doctrinalmente, se han identificado una serie de garantías -institucionales, jurisdiccionales y normativas- que son capaces de hacerlos valer e impiden que no sean considerados meras entelequias, siendo de interés por sus particularidades aquellas que conforman la denominada garantía reforzada. El procedimiento especial de tutela de los derechos fundamentales de la

persona del trabajador, aplicable dentro de la justicia laboral, indudablemente es un modelo que se viene replicando en los sistemas jurídicos latinoamericanos –como el chileno y el propuesto en el derecho peruano- siguiendo el esquema existente en el régimen español, el cual descansa en los principios de preferencia y sumariedad.

La tutela judicial de los derechos fundamentales se desarrolla en la jurisdicción laboral, sin perjuicio de la protección que opera ante la justicia constitucional, por razón de la acción de amparo. Dentro del ordenamiento jurídico laboral positivo no existen mecanismos procesales encaminados a restablecer los derechos fundamentales de la persona del trabajador, cuando hayan sido lesionados por su empleador, durante la relación laboral o cuando ella hubiere finalizado. Tampoco es posible hasta la fecha entablar acciones de amparo contra actos de particulares, a pesar de los avances jurisprudenciales que se han venido produciendo desde el 2008, cuando el Pleno de la Corte Suprema de Justicia dispuso que proceden las acciones de amparo no sólo contra órdenes de hacer y no hacer, sino contra cualquier acto proveniente de servidores públicos. Por tanto, es necesario que el constituyente y legislador patrio adopten las acciones y procedimientos especiales de tutela laboral para la defensa de los derechos fundamentales del trabajador.

La eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones laborales, en nuestro medio, no ha sido motivo de un exhaustivo tratamiento jurisprudencial ni cuenta con una regulación jurídica, distinto a lo que ocurre en otras latitudes donde abundan pronunciamientos constitucionales e instrumentos legales, cuyos contenidos deberán orientar el diseño que se establezca entre nosotros. En este estudio se advierte que ha sido

indiferente y hasta incomprensido el tratamiento de la *Drittwirkung der Grundrechte* dentro de la justicia laboral y constitucional, producto del escaso y ausente debate teórico sobre esta compleja temática, por lo que sostengo que resulta imprescindible su reconocimiento constitucional y normativo para mejorar el sistema de relaciones laborales en Panamá.

De cara a propiciar la discusión y construcción de una doctrina judicial sobre esta temática, es necesario que se promuevan reclamos que entrañen la reivindicación de derechos fundamentales innominados, siendo los trabajadores como titulares los que entablen las acciones correspondientes. Obviamente, el tema cobrará fuerza en la jurisprudencia nacional, antes de su recepción en el ordenamiento jurídico positivo donde se reconocen decididos esfuerzos.

En tal sentido, la Comisión Especial de Consulta a las Reformas de la Constitución Política de Panamá, conocida como la Comisión de Notables, dentro del anteproyecto elaborado en el año 2012, propuso acoger el concepto de ciudadanía en la empresa, junto con sus garantías procesales e institucionales, a fin de lograr el doble carácter de los derechos fundamentales –como derechos subjetivos y como normas objetivas que encaran un orden de valores- con el cual se supera la restringida concepción de los mismos que eran vistos como derechos subjetivos oponibles exclusivamente en la esfera pública.

El ejercicio de los derechos fundamentales del trabajador tiene lugar, normalmente, cuando esos derechos son vulnerados por el empleador con sus actuaciones fundadas en la libertad de empresa. Se observa que suelen ser comprometidos o lesionados al inicio,

durante y al final de las relaciones laborales, específicamente, la igualdad de trato y no discriminación, la libertad de expresión, la libertad religiosa, la intimidad y el secreto e inviolabilidad de la correspondencia o de cualquier medio de comunicación privada. Estos derechos aunque inespecíficos, le ponen freno a los poderes del empresario cuando son ejercidos por sus titulares tras ser lastimados o desconocidos

Finalmente, se enfatiza que el reconocimiento de esos derechos fundamentales inespecíficos al interior de la empresa, es un fenómeno creciente en la jurisprudencia extranjera, surgido de conflictos que se vienen presentando con el objeto de dejar sin efectos determinadas medidas tomadas en base a los poderes jurídicos del empleador (poder de dirección), cuyo argumento principal descansa en el respeto a la dignidad de la persona que constituye el fundamento axiológico de esta tendencia.

Lo dicho sugiere que los derechos fundamentales de la persona del trabajador vienen a fijar los límites a los poderes empresariales. No obstante, estos poderes representan restricciones a su ejercicio cuando respetan los contenidos esenciales de esos derechos fundamentales, lo que implica que no existen derechos absolutos. Por tanto, los derechos fundamentales inespecíficos del trabajador y los poderes empresariales operan como límites recíprocos, dada la configuración de intereses contrapuestos en la relación de trabajo, siendo necesaria su convivencia que viene a ser determinada por la técnica de la ponderación judicial.

Así, la colisión de los derechos fundamentales, supone el presupuesto claro para la aplicación de esa pauta directriz que impone el equilibrio entre esos derechos enfrentados. La ponderación judicial como forma de solucionar los conflictos entre

derechos fundamentales de los trabajadores y empleadores, se identifica con el principio de proporcionalidad que entraña una triple valoración como es el juicio de idoneidad, el juicio de necesidad y el estricto juicio de proporcionalidad. Con la ponderación se establece el alcance del derecho fundamental ejercitado, dando lugar a su atenuada eficacia, tal como queda planteado en el estudio.

Esos cánones de enjuiciamiento aplicados por los tribunales constitucionales ante las antinomias jurídicas emanadas de los conflictos de trabajo, sin duda, potencian el reconocimiento de la ciudadanía en la empresa, generando con ello un nuevo sistema de relaciones laborales. Se trata de una temática que cobra una singular importancia, hoy, dado que determina el peso y control de la discrecionalidad del derecho fundamental, lo cual viene a complementar la problemática de la validez y garantía de ese tipo de derechos. Esos criterios contribuyen a consolidar el Estado Constitucional de Derecho, aspiración de toda sociedad democrática del mundo contemporáneo, según la teoría política y jurídica.

Como colofón se presentan las consideraciones y reflexiones finales de este estudio de investigación, a manera de conclusiones, las cuales concentran las principales ideas e inquietudes medulares abordadas en esta obra. También aparecen incluidas las fuentes bibliográficas que han sido utilizadas durante la elaboración de esta investigación, no solo como material de obligada consulta sino como textos de referencia.

III Utilidad de la tesis doctoral

Tal como se ha venido planteando en el marco metodológico y en el desarrollo mismo de esta investigación, titulada **El reconocimiento de derechos fundamentales en el**

contrato de trabajo: ámbito de validez y esfera de protección de los derechos inespecíficos, su utilidad práctica radica en implantar la revalorización de la condición del trabajador como persona y ciudadano dentro del amplio contexto de las relaciones laborales. Desde el punto de vista teórico, las anotaciones plasmadas pueden ser empleadas para propiciar otros estudios sobre estas temáticas, los cuales serán elaborados con mayor suficiencia por otros autores nacionales, superando el contenido de esta obra a futuro.

Así las cosas, creo que será posible profundizar en el análisis particular de derechos fundamentales inespecíficos, con el fin de excavar más las elementales consideraciones presentadas en estas líneas, y también se podrán elaborar ensayos de mayor impacto acerca de la ponderación, que constituye el método de interpretación y aplicación de las normas constitucionales que consagran principios, intereses y valores de suma importancia en el ámbito de los derechos fundamentales.

De alguna manera espero haber contribuido con la bibliografía nacional, al abordar esta complicada problemática de la cual, hace algún tiempo, se vino a decir que representa “uno de los descubrimientos más interesantes de los tiempos modernos”, llegando a convertirse en “un artículo de importación” y que pudiera ser considerado un patrimonio invaluable para la ciencia jurídica o, mejor dicho, la pieza clave de todo sistema democrático de relaciones laborales.

CAPÍTULO PRIMERO
ENFOQUE TRADICIONAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.

"La historia, como siempre, mantiene su ambigüedad en dos direcciones opuestas: hacia la paz o hacia la guerra, hacia la libertad o hacia la opresión. La vía de la paz y la libertad pasa ciertamente por el reconocimiento y protección de los derechos del hombre"

Norberto Bobbio

1. La concepción estrecha de los derechos fundamentales en el contexto del liberalismo clásico: protección del individuo frente al Estado:

Durante toda la historia de la humanidad el individuo ha sentido la necesidad de tener una serie de libertades y garantías frente al poder público, tal como se evidencia en las luchas, guerras y conflictos a lo largo de las distintas etapas de la historia, al punto que esas aspiraciones fueron el motor de cambios y revoluciones que concluyeron con la aprobación de las primeras declaraciones donde fueron reconocidos esos derechos. Esas declaraciones se remontan a Inglaterra, con el *Petitions of Right*, y, en Francia, con la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano. Tales declaraciones propiciaron el tránsito hacia los derechos humanos constitucionalizados.

En el contexto del liberalismo clásico se dio una fuerte protección del individuo frente a la autoridad del Estado, generándose una concepción unidireccional de los derechos fundamentales, dejando de lado cualquier derecho con carácter social o que tuviese alguna relación con la colectividad y/o fuese consecuencia de ésta.

Sobre este aspecto, Manuel Carlos Palomeque López y Manuel Álvarez De La Rosa han expresado que "las Constituciones promulgadas a lo largo del siglo XIX reconocieron y proclamaron tan sólo, en tanto que producto del liberalismo político de primera hora, los derechos del hombre considerado como individuo, los derechos individuales de la persona humana frente al poder del Estado y sus organizaciones (la libertad individual, la propiedad privada, la libertad de industria, de comercio, de trabajo, etc)"¹. Estos

¹ (2002 p 134)

derechos tuvieron su aparición de forma coincidente, cuando se conforma el Estado como organización política de la sociedad.

La función de los derechos reconocidos en la primera sociedad burguesa consistió en darle protección al individuo frente a los abusos de la autoridad del Estado y establecer las garantías de la inviolabilidad de la persona. Ello implicaba que los señalados derechos fuesen considerados derechos de libertad porque eran opomibles al Estado o sus poderes públicos, por tanto, son los únicos obligados a respetarlos, siendo concebidos como derechos de defensa.

11 *Fruto de las revoluciones burguesas ante la negación de las libertades individuales.*

Los derechos fundamentales y las libertades públicas pueden ser examinadas, desde variadas perspectivas (política, sociológica o jurídica), según se observa en la vasta literatura atinente a la materia, no obstante, todas ellas quedan entremezcladas y requieren un repaso obligado sobre el momento de su aparición y reconocimiento dentro de los sistemas normativos para lo cual echo mano del desarrollo efectuado por reconocidos constitucionalistas y otros especialistas, sin desconocer ni menospreciar los planteamientos de los filósofos de actualidad.

Consciente de esa realidad, con vista en el pasado, Francisco J. Bastida Freijedo indica que "el estudio de los derechos fundamentales tiene como referencia ineludible los derechos humanos, aunque conviene dejar claro que unos y otros no son exactamente lo mismo, su origen como lo conocemos hoy es relativamente reciente y se ubica en el

pensamiento liberal revolucionario de finales del siglo XVIII"² Aunque en el oriente hubo ligeros esfuerzos de cierta protección y respeto para los gobernados no se hallan en la sociedad antigua esos espacios de libertad y medios de reacción jurídicos frente a las injerencias del poder, puesto que en aquella lejana época convivían hombres libres con individuos sometidos a esclavitud o a una situación de semilibertad

Con algo de anticipación y partiendo del descubrimiento de la libertad, como un derecho humano, Antonio Pérez Luño advierte que "en el mundo antiguo es muy discutible y mucho menos aún puede hablarse de auténticas formulaciones positivas de derechos humanos De ahí que la positivación de los derechos fundamentales sea el producto de una dialéctica constante entre el progresivo desarrollo en el plano técnico de los sistemas de positivación y el paulatino terreno ideológico de las ideas de la libertad y la dignidad humanas Desde el punto de vista ideológico, se puede considerar que la afirmación de la libertad personal frente al poder ha sido una constante en el devenir histórico de la humanidad Sin embargo, la consagración de esa exigencia en el orden jurídico-positivo ha sido una constante relativamente muy reciente"³. El proceso de positivación compuesto por tres etapas relacionadas entre sí –formulación, constitucionalización e internacionalización- no puede desgajarse " del largo y laborioso esfuerzo de los hombres en la lucha por la afirmación de su dignidad, libertad e igualdad, como principios básicos de la convivencia política"⁴

Para este autor, resulta difícil la delimitación conceptual de los derechos humanos, debido a la imprecisión de su significado y variedad de aspectos que deben ser tomados en

² (2005 pp 41-42)

³ (1995 pp 108-131)

⁴ (Ibid p 131)

cuenta al momento de concebir su contenido y estructura. Su aparición tuvo lugar durante la lucha de los pueblos contra el régimen feudal y las relaciones burguesas, y se caracterizan por ser imprescriptibles, inalienables, absolutos e inmutables, siendo además la inspiración de los derechos fundamentales. Cuando esos derechos encuentran su plasmación normativa en el derecho positivo se consideran derechos fundamentales. No deben confundirse con los derechos públicos subjetivos, que tienen una estrecha vinculación con el esquema político del Estado liberal de Derecho, basada en la ideología individualista que vino a registrar un progresivo abandono durante el tránsito del Estado liberal hacia el Estado social de Derecho, por lo que indica que ella representa una "categoría histórica adaptada al funcionamiento de un determinado tipo de Estado, el liberal, y a unas condiciones materiales que han sido superadas por el desarrollo económico-social de nuestro tiempo"⁵, siendo sustituida por la noción de los derechos fundamentales. A mi juicio, esa reflexión conjuga la visión clásica de la positivación de los derechos humanos y el papel que juegan tales derechos en tiempos modernos.

La solemne formulación y proclamación de ciertos derechos del hombre, una de las más importantes manifestaciones jurídicas del siglo XIX, ha sido el producto de las revoluciones demoliberales que se dieron ante la negación de las libertades civiles y políticas.

De acuerdo con Vladimiro Naranjo Mesa, una de las condiciones indispensables para que pueda existir la democracia liberal, es que sean garantizados y respetados los derechos fundamentales y libertades públicas contempladas dentro del marco de la Constitución,

⁵ (Ibid p 34)

indudablemente "la consagración formal de esos derechos fue el producto de una larguísima evolución política y filosófica, de un proceso de civilización y de humanismo que giró en torno al concepto del respeto debido a la dignidad de la persona humana, proceso iniciado en Occidente por influencia del Cristianismo, y adelantado a lo largo de los siglos, a través de sustanciales aportes doctrinarios"⁶

Siguiendo las explicaciones ofrecidas por este autor, la doctrina cristiana acepta que el hombre tiene dignidad tanto por su origen como por su fin, dado que es un ser creado a imagen y semejanza de Dios, cuyo destino es eterno y trascendente que va más allá de la vida terrenal. Los primeros cristianos tuvieron que enfrentarse al absolutismo del imperio romano, en defensa de su fe, por lo que ello supuso una limitante a ese poder. Ha predicado a lo largo de su historia por el respeto de la dignidad humana y la defensa de los derechos de los humildes, oprimidos y desposeídos, buscando una sociedad más justa. Otro de los antecedentes históricos considerado en la formulación de los derechos individuales, sin duda, es la Carta Magna de 1215, impuesta por los barones y nobles donde se afirmaron algunos derechos y libertades públicas de los ciudadanos ingleses frente a la corona, limitando la autoridad real. Conquistados por el Parlamento inglés, como representantes de su pueblo frente al poder real y afianzando los derechos civiles y políticos de los individuos, se incorporaron el *Petitions of Rights* de 1628, el *Habeas Corpus Act* de 1679 y el *Bill of Rights* de 1689, leyes que tuvieron directa incidencia en las colonias inglesas en Norteamérica.

⁶ (2006 pp 492-493)

Las declaraciones de los nacientes Estados anglosajones de América del Norte, aprobadas e incluidas en las primeras constituciones estatales, fueron el producto de tres influencias concretas a saber la religiosa proveniente de los padres peregrinos –de tradición puritana- que defendieron su libertad de conciencia frente al Estado, puesto que habían huido de Inglaterra debido a la persecución del Estado confesional anglicano; la política del liberalismo inglés que había logrado implantar instituciones como el Parlamento que limitada el poder absoluto de los reyes, donde se aprobaron las leyes constitucionales ya mencionadas, las cuales tenían en común la defensa de la libertad política del Parlamento frente a la corona y la libertad individual frente a los abusos del poder absolutista, y la intelectual ejercida por los pensadores ingleses y los enciclopedistas franceses. Esa triple influencia llegó a materializarse en la Declaración de Independencia del 4 de julio de 1776, redactada por Thomas Jefferson, y las declaraciones de derechos de Virginia (Declaración de Derechos del Buen Pueblo de Virginia), al igual que sus diez primeras enmiendas de 1787 a la Constitución de Filadelfia, están contenidas en la Constitución de los Estados Unidos de América.

Las declaraciones inglesas y americanas, junto con las enmiendas a la Constitución norteamericana, donde se reconocieron los derechos civiles y políticos incidieron en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789⁷, proclamada tras la Revolución Francesa que puso fin al Estado monárquico absolutista. Con la toma de La Bastilla el 14 de julio se derrumba el antiguo régimen y enarbolaron las banderas de la libertad, igualdad y fraternidad, que ondearon el triunfo de la burguesía culminando el

⁷ Es la más trascendental declaración de derecho y libertades públicas en la historia, proclamada por la Asamblea Nacional de Francia, cuyo contenido consta de 17 artículos, comprendiendo los tres primeros el conjunto de la declaración puesto que los demás se ocupan de establecer aclaraciones y definiciones de acuerdo con Thomas Paine (1996 pp 101-105)

proceso de formación de los derechos humanos de primera generación. Se aclara que los textos americanos fueron concebidos para ser invocados ante los tribunales por los ciudadanos lesionados de Virginia o de Massachusetts, a diferencia de la declaración que tuvo gran importancia para el mundo por su carácter universal, pues se hizo para todos los hombres y ciudadanos y no solamente para los súbditos de un Estado en particular.

Por ello, se dice con acierto que los derechos fundamentales civiles y políticos son el fruto de las revoluciones burguesas, ocurridas durante la época moderna, ante la negación de las libertades de los individuos. En ese sentido, Ernesto Rey Cantor y María Carolina Rodríguez Ruíz, nos señalan que " para hallar del nacimiento de estos derechos civiles y políticos hay que remontarse a la historia de las tres revoluciones liberales burguesas (inglesa, americana y francesa), en el contexto económico, social, cultural, respectivos, resaltando las Doctrinas Económicas que influyeron en la transformación revolucionaria del orden socio-económico-político en aquellos Estados"⁸

Establecido el momento de su aparición y consecuente regulación interesa anotar qué se entiende por derechos fundamentales, pues esta expresión suele ser identificada con otras categorías jurídicas. Recientemente, Tulio Chinchilla Herrera, asevera que aquellos son " los derechos humanos que han adquirido la positivación necesaria en el ordenamiento jurídico nacional, preferentemente en el orden constitucional, y, que, por tanto, logran un alto grado de certeza y posibilidad garante efectiva, propias de lo que tradicionalmente se conoce con la expresión derecho subjetivo"⁹

⁸ (2007 p 29)

⁹ (2009 p 105)

Se desprende que existe una doble exigencia para que pueda hablarse de fundamentalidad de un derecho, a saber. la inclusión en el catálogo o Carta de derechos de una Constitución, esto es, su incorporación en la normativa de rango superior, y la instauración de una protección especial de defensa, es decir que esos derechos constitucionales estén dotados de una supergarantía o garantía reforzada, mediante mecanismos procesales, con lo cual se asegura su eficacia o la forma de hacerlos efectivos. Entonces, se concluye que los derechos constitucionalizados en los ordenamientos internos deben estar dotados de un tratamiento privilegiado para que tengan efectividad al momento de su ejercicio.

No se puede olvidar que la formal consagración de los mencionados derechos vino a oponerse al ejercicio arbitrario del poder político, pues, como dijo Mauricio Fioravanti, que "*el primer y más elemental derecho del individuo es poder rechazar toda autoridad distinta a la ley del Estado, ahora único titular monopolista del imperium y de la capacidad normativa y de coacción*"¹⁰. Los derechos que fueron objeto de formulación o positivación jurídica son la libertad de pensamiento, de conciencia y de culto, de expresión, así como las garantías de protección de la libertad individual contra la inseguridad del derecho penal, apareciendo luego el derecho de propiedad como expresión económica de la burguesía. En buena técnica, se trata de los derechos civiles y políticos de los seres humanos que hoy aseguran la vida, la libertad física, la seguridad e integridad personal y moral, la intimidad inclusive familiar, la opinión que puede ser expresada de forma escrita u oral, la libertad de locomoción y los derechos a la defensa y

¹⁰ (2009 p 37)

debido proceso, en materia política el derecho al sufragio y la participación democrática directa dentro de la vida del Estado

El contenido de dichas declaraciones se centraba en fijar límites al poder del Estado, por cuanto se protegieron las libertades individuales al igual que los mecanismos de participación ciudadana, surgiendo los conocidos derechos civiles y políticos. El carácter individualista fue impregnado en las declaraciones de derecho de finales del siglo XVIII y XIX, habida cuenta que sólo se afirmaban los derechos del individuo y ciudadano frente a la autoridad, quedando excluidos de protección o regulación los deberes del individuo aislado para con la colectividad ni de los derechos de ésta con respecto al individuo. En definitiva, se aprecia el predominio de la ideología individualista en el coronamiento de los derechos humanos, en el orden jurídico y en los textos constitucionales.

Junto a otros factores la positivación de los derechos humanos hizo que naciera el liberalismo, entendido como una ideología o doctrina basada en las libertades, que desembocaría en el capitalismo como sistema socioeconómico y también conllevaría a la aparición del Estado como organización política que ejerce el poder público en la sociedad. Conforme esta ideología, y poniendo el acento en el papel político, el individuo toma conciencia de sus derechos frente al Estado y, sobre todo, de su derecho de libertad, como es sabido. La protección del individuo frente al Estado y la positivación de los derechos fundamentales suponen momentos determinantes en la historia de esta categoría especial de derechos.

Para Luigi Ferrajoli "la mezcla en una misma categoría de figuras entre sí heterónomas como los derechos de libertad, de un lado, y el derecho de propiedad, del otro, fruto de la yuxtaposición de las doctrinas iusnaturalistas y de la tradición civilista y romanista, es, por tanto, una operación originaria, llevada a cabo por el primer liberalismo, que ha condicionado hasta nuestros días la teoría de los derechos en su totalidad y, con ella, la del Estado de derecho"¹¹ El término categoría al que alude este señalamiento hace referencia a los derechos fundamentales, pues se trata de derechos humanos especiales, cuyo reconocimiento y aplicación fue evolucionando a pasos agigantados Si esos derechos fundamentales están directamente relacionados con la vieja concepción política y jurídica del Estado, es posible decir que la conformación del Estado de Derecho se produjo con el surgimiento de los derechos fundamentales

Tras comparar la libertad en tiempos antiguos y modernos, Norberto Bobbio afirma que "en la historia de la formación del Estado constitucional moderno la demanda de libertad política procede a la par con la demanda de libertad de las libertades civiles, incluso, es necesario reconocerlo, si la consecución de las segundas, o al menos de algunas de ellas, antes que otras la libertad religiosa, la libertad de opinión, y la libertad de prensa, va por delante de la plena consecución de la primera"¹². Como quiera que ambas libertades están estrechamente ligadas y en conexión, aclara el autor citado, que " sin libertades civiles, como la libertad de prensa y de opinión, como la libertad de asociación y de reunión, la participación del pueblo en el poder político es un engaño, pero sin participación popular en el poder, las libertades civiles tienen bien pocas probabilidades de durar Mientras las

¹¹ (2009 p 45)

¹² (1993 p 116)

libertades civiles son una condición necesaria para el ejercicio de la libertad política, ésta, es decir, el control popular del poder político, es una condición necesaria para la consecución, primero, y para la conservación, después, de las libertades civiles"¹³ Aquí, se hace alusión a la vieja problemática de la relación entre el liberalismo y la democracia

1.2. Ente encargado del poder político desde el siglo XIX

En los estudios sobre la teoría del Estado, la mayoría de los autores concuerdan que la formación del Estado de Derecho, donde gobiernan las leyes y no el imperio de los hombres, tuvo su nacimiento en la época moderna y no en el medievo ni antes, dado que no imperaban los ordenamientos jurídicos sino que reinaban los regímenes feudales y monarcas

El Estado es concebido como una organización política de la sociedad, encargada del ejercicio del poder político, a partir de la abolición de las monarquías y regímenes medievales y feudales que imperaron durante un largo tiempo. Entonces, Se trata de un fenómeno sociológico por antonomasia de la civilización avanzada o de la sociedad de hombres libres. Con razón, se ha dicho que el cambio en el ejercicio del poder político determinó la aparición del Estado moderno

Normalmente, la noción del Estado suele ser confundida con sus elementos constitutivos que son población, territorio, gobierno y soberanía, al igual que con otros grupos sociales de distinto orden y con otras expresiones relacionadas entre sí, por ejemplo, con el término régimen político que conviene diferenciar enseguida. A tal efecto, Vladimiro

¹³ (Ibid. p 117)

Naranjo Mesa, anota que “el Estado no debe identificarse con el régimen político que ha adoptado una nación en un momento determinado. El concepto de régimen político hace referencia a una vida política más amplia que la vida estatal”¹⁴. Uno se refiere al ente nacido en el tránsito a la modernidad y el otro a la forma de actuación política que pudo presentarse dentro de aquel e incluso con anterioridad a su nacimiento.

Interesa dejar sentado que el fenómeno estatal estrechamente ligado al poder en la sociedad política, como ha dicho el jurista citado, tiene el compromiso y el deber de ejercerlo, racionalmente, por medio de sus órganos y autoridades. El poder que ejerce el Estado es de carácter político y suele considerarse como la fuerza que controla los movimientos de esa estructura social. Este tipo de poder cuya titularidad pertenece al Estado se diferencia de aquellos que son atribuidos y reconocidos a otras instituciones como la familia, la Iglesia, los sindicatos, las empresas, etc., denominados poderes privados (éticos, económicos y sociales), que están reservados para las relaciones desarrolladas en esas esferas sin perjuicio de la incidencia que tiene el exclusivo poder del Estado.

Tanto el poder político del Estado como los poderes privados reconocidos a otros grupos sociales, tienen relación directa con los derechos fundamentales por cuanto éstos constituyen los límites o frenos a su ejercicio y, por tanto, no son omnímodos. Además, el poder político del Estado ha ido evolucionando con el tiempo, según los regímenes políticos adoptados en la configuración de los derechos fundamentales, tal como podrá advertirse inclusive en este trabajo.

¹⁴ (Op. Cit. p 81)

13 *Reducido ámbito de validez de los derechos fundamentales en el Estado Liberal.*

Desde su aparición y positivación en los textos constitucionales, como se expuso, la delimitación conceptual de los derechos humanos como su aplicación en el terreno de las relaciones entre particulares ha sido complicada por razón de la identidad entre los derechos públicos subjetivos y los derechos fundamentales, cuyo contenido desborda los primeros. Esto lo explica Antonio Pérez Luño, cuando dice que “los derechos públicos subjetivos, ligados al Estado liberal de Derecho, reposaban en un acentuado individualismo, que ha sido superado por la noción más amplia de los derechos fundamentales, surgida precisamente para englobar no sólo a las libertades tradicionales de signo individual, sino también a los derechos sociales”¹⁵. Se desprende que el campo de acción de esa categoría de derechos estaba o quedaba circunscrita a un determinado momento histórico y a una peculiar forma de Estado que fue reemplazada por otra: el Estado social de Derecho debido a que sobrevinieron distintos acontecimientos en el terreno político, económico y social, como es sabido, abandonándose el Estado liberal.

El Estado liberal surgido del constitucionalismo revolucionario de finales del siglo XVIII y principios del XIX, donde fueron proclamadas las libertades individuales, vino a sustituir el Estado absolutista de la época medieval. Ese tipo de Estado –según el autor citado– estuvo “orientado hacia la defensa de los derechos de los ciudadanos” y supuso “una aparente despolitización del Estado dado que éste garantizaba el libre juego de los intereses económicos –funcionando al servicio de la burguesía– y una tendencia hacia la identificación del principio de legalidad –esto es, el sometimiento de la administración a

¹⁵ (1995 p. 94)

la ley- junto con la posibilidad del control jurisdiccional de sus actos”¹⁶. No resulta ocioso recordar que los derechos humanos o fundamentales preceden su positivación y el establecimiento del Estado de Derecho

La crisis de la sociedad liberal y del Estado liberal de derecho, según Pedro De Vega García, claramente se identifica cuando resultan ignorados los poderes privados y se piensa que “los únicos peligros que cabía imaginar para los derechos fundamentales quedaban reducidos a los derivados de las relaciones entre el individuo y el Estado. De este modo en la teoría jurídica clásica de los derechos fundamentales desde las hipotéticas tensiones entre el individuo y el Estado era sólo el poder estatal el que podía conculcarlos”¹⁷. Por lo tanto, un recurso de amparo frente a posibles lesiones de derechos fundamentales producidas por los particulares no pasaría dado que esos derechos son ejercitables únicamente frente al Estado dentro de ese esquema o modelo político, ya que en el contexto de las relaciones entre particulares primaba la igualdad de todos ante la Ley. De hecho esto fue lo que impuso la llegada y aceptación de la famosa *Drittwirkung der Grundrechte* como se verá en otro capítulo

Efectivamente, dentro de la historia constitucional, iniciada en la época liberal e individualista, al ser concebidos los derechos de libertad como derechos oponibles frente a los poderes públicos, siguiendo a Juan Bilbao Ubillos esa categoría de derechos “hunde sus raíces en el primer Estado Constitucional, el Estado liberal de derecho, donde encuentra el marco ideológico idóneo para su arraigo”¹⁸. De acuerdo con esa concepción unidireccional, los derechos fundamentales quedaban reducidos en su aplicación, puesto

¹⁶ (Op Cit pp 212-223)

¹⁷ (1992 pp 687-697)

¹⁸ (1997 pp 233-234)

que podían ejercitarse exclusivamente frente al Estado. Con ese enfoque, el Estado es el sujeto pasivo o el único obligado a respetar los derechos fundamentales de los ciudadanos o particulares, figurando como sujetos activos o, más bien, titulares de los mismos.

De allí que se haya propagado la idea que los derechos fundamentales, sólo tienen eficacia vertical o que se aplican únicamente en la relación del individuo con el Estado, o sea, que operaban sobre las relaciones jurídicas regidas por el derecho público, la cual se mantuvo sin contrapesos hasta la segunda mitad del siglo XIX, cuando comienzan las críticas teóricas y los revolucionarios aportes de la jurisprudencia alemana que postulaban la vinculación de los derechos fundamentales en las relaciones jurídicas entre privados o que fueran extendidas a las relaciones jurídicas entre particulares. La vigencia y aplicación de los derechos fundamentales. Esa visión tradicional se fue desvaneciendo cuando los derechos humanos constitucionalizados son reconocidos como principios para la vida social y no como meros enunciados dirigidos a orientar la labor del poder público.

De todo lo anotado, se observa que los derechos fundamentales, han tenido un reducido ámbito de validez, pues fueron reconocidos como libertades subjetivas e individuales frente al Estado. Ello implica que esos derechos no podían ser aplicados a relaciones jurídicas existentes en otras esferas y regidos por otros ordenamientos. Por ende, los derechos fundamentales tuvieron un limitado alcance en el contexto del liberalismo clásico donde se daba su aplicación sólo en las relaciones entre el Estado y los ciudadanos.

2. La tendencia expansiva de los derechos fundamentales en el constitucionalismo social: “constitucionalización” de los derechos laborales en América y Europa:

Durante el constitucionalismo liberal que tuvo su desarrollo en el siglo XIX, concretado en las constituciones europeas y americanas, se hizo énfasis en los derechos individuales y sus garantías hasta cuando surgieron las concepciones socialistas que habrían de cuestionarlos severamente.

El encontronazo por su formulación limitada se dio ante la poca aplicación práctica de los postulados constitucionales y debido a que ellos estaban destinados a proteger los intereses de sectores privilegiados, mientras que la gran masa permanecía ajena a su cobertura, pues consagraba la propiedad privada y se reducía el papel del Estado en las relaciones jurídicas obviamente, impidiendo cualquier tipo de intervención

En lo político, la democracia no era plena, sino restringida, porque se marginaban del proceso político a vastos sectores de la ciudadanía, a las cuestiones electorales. Estas particulares condiciones desaparecieron con las ideas socialistas y solidaristas, estas últimas derivadas del pensamiento social de la Iglesia, iniciándose el camino hacia el constitucionalismo social

2.1 Conquista de las libertades colectivas y derechos laborales, en los inicios del siglo XX, como producto de la conciencia de clase y fortaleza del movimiento obrero

Antes de referirme a la conquista y coronamiento de las libertades colectivas y derechos laborales y sociales, resulta obligado echar una ojeada a las circunstancias y acontecimientos que dieron lugar a la aparición del movimiento obrero y que

determinaron—a su vez- la conformación del Derecho del Trabajo, sin duda una expresión de la sociedad industrial.

La Revolución industrial surgió durante el período moderno de la humanidad, y trajo consigo como arrastre el origen del movimiento obrero que se opuso a la clase burguesa, buscando mejores condiciones laborales por razón del trabajo como factor de producción, y floreciendo ambas como clases sociales de la época. No tuvo presencia en la antigüedad ni en el medioevo, puesto que en aquellos tiempos existía o, más bien, prevalecía o era la forma principal, el trabajo forzoso de esclavos, el trabajo servil realizado a favor del señor feudal y el trabajo de los artesanos. Marginalmente, había trabajo libre. Entre los siglos XVIII y XIX, ocurrió ese proceso, donde se dieron cambios profundos al sistema socioeconómico de la sociedad liberal, específicamente, se produjo una transición del oficio y trabajo manual al maquinismo, esto es, de los talleres se pasó a la producción maquinizada en las fábricas.

La masiva industrialización capitalista impuso el excedente de mano de obra y condujo a la salvaje explotación de los asalariados, provocando que éstos reaccionaran y reclamaran mejores condiciones de trabajo, mediante la movilización y destrucción de los medios de producción que fueron herramientas incipientes de presión y resistencia ante las precarias condiciones e ignominiosos tratos dispensados a la clase trabajadora cuya relación estaba gobernada por la ley de la oferta y demanda. Frente a ese escenario la batalla librada por la libertad sindical, catalogada la conquista más bella alcanzada por el movimiento

obrero, hizo que germinara la célula embrionaria del Derecho del Trabajo como llegue a definirla¹⁹, hace algún tiempo, ya que se trataba y trata de su primera institución jurídica

En ese período accidentado de la historia quedó reflejada la honda división entre los hombres o la más dramática lucha de clases, dentro de la primitiva sociedad capitalista, donde reinaba una concepción liberal e individualista que penetró el ordenamiento jurídico de la época

Sobre ese particular, Mario De La Cueva, explicaba que “en la fábrica donde se amontonaban decenas y centenares de obreros, registrándose las grandes aglomeraciones de hombres, fue donde se gestó la rebelión contra la injusticia, consecuencia de un murmullo y de las conversaciones y de la contemplación de los accidentes, cuya causa eran las máquinas, y fueron las circunstancias que trajeron la idea de la unión de los hombres para luchar por condiciones más humanas para la prestación de los servicios”²⁰ Estas acciones que justificaron la aparición y crecimiento del movimiento obrero, se dieron frente a la actitud abstencionista del Estado, rompiendo el embrujo del pensamiento individualista y liberal del cual echó mano la burguesía para la construcción de su cruel y deshumanizada sociedad

Por su parte, Antonio Ojeda Avilés, enfatiza que el movimiento obrero en la revolución industrial atravesó por dos fases históricas, a saber la primera, calificada como “inorgánica, donde se produjeron los primeros tanteos de acción colectiva a través de reuniones esporádicas –comités, asambleas, delegaciones- en uso de instrumentos colectivos rudimentarios –una reclamación, un sabotaje, una algarada-; y la segunda,

¹⁹ (2003 p 21)

²⁰ (1993 pp 13 y 14)

denominada orgánica, se dio cuando el movimiento obrero adquiere coherencia, genera sujetos e instrumentos típicos, toma conciencia de sí mismo”²¹ Las acciones empleadas por el movimiento obrero como las revueltas, correrías y saqueos, al igual que las rebeliones y la destrucción de las máquinas como formas desesperadas de resistencia, fueron el producto de la inmadurez de la clase proletaria, mientras que medios de lucha más sofisticados como piquetes, *boicots* y huelgas, proliferaron debido a la conciencia de clase que logró el movimiento obrero. Se trata de la autotutela ejercida por los trabajadores para la consolidación del movimiento obrero. Es decir, que dichas medidas de presión y fuerza propiciaron la unión y fortaleza del proletariado y del movimiento obrero.

Dentro del escenario de la revolución industrial que vino a reemplazar las relaciones feudales de producción, donde se identifican los nuevos antagonistas sociales (obrero asalariado –el proletariado privado de los medios de producción propios- y capitalista empresario –burgueses que son los propietarios de los medios de producción social y emplean trabajo asalariado- protagonistas del nuevo conflicto social), Manuel Carlos Palomeque López, destaca que frente a las precarias condiciones laborales y nocivos e insalubres ambientes y centros de trabajo, caracterizada por la explotación del trabajo de la mujer y menores, jornadas agotadoras y extenuantes, y los salarios de hambre, el obrero asalariado tuvo un papel crucial en “la organización y movilización del proletariado industrial (movimiento obrero) a partir de la conciencia de clase que articula una reacción de autotutela colectiva de los propios trabajadores frente a su injusta situación y la intervención del Estado en el problema social a través de una legislación

²¹ (1995 p 92)

protectora del trabajo asalariado (legislación obrera)²² Fue esa la respuesta inmediata al estado de cosas alarmante que existía en ese tiempo, la cual se hizo necesaria, por lo cual se ha dicho que la legislación obrera vino a ser una solución defensiva del Estado burgués para proveer la integración del conflicto social

La formación de la clase obrera a partir de las relaciones de producción capitalistas y la toma de conciencia de la condición obrera, debido a sus intereses propios y contradictorios con los de la burguesía, según el citado autor son elementos que permitieron elaborar la noción del movimiento obrero, entendido como la agrupación del proletariado, la clase obrera y de todos aquellos que optaron por militar a su lado, de manera consciente unos y solidarios otros, que buscaba la realización de objetivos comunes mediante la organización y ejecución de protestas y otras acciones de lucha, cuyas “estrategias y acciones de lucha desarrolladas históricamente –junto al propio movimiento obrero- pasaron por un itinerario jalonado compuesto por tres etapas que no en todos los casos se han sucedido entre sí de modo lineal, poniendo de manifiesto en ocasiones saltos adelante y retrocesos”²³ Se dio la persecución contra el movimiento obrero y sus medios de lucha, seguida de dos momentos históricos menos diásticos como la indiferencia y plena aceptación jurídica, los cuales institucionalizaron los derechos conquistados en la lucha de clases

Así las cosas, se observa que la actitud del ordenamiento jurídico del Estado dispuso la represión o penalización de los intentos de agrupación profesional y sus medios de protestas, seguida de la despenalización de tales actividades cuando se suprimieron tales

²² (1995 pp 5-9)

²³ (ibid p 10-11)

disposiciones legales y, por último, se dio la protección en el sistema normativo al reconocerla y elevarla a rango constitucional²⁴.

Al margen del reconocimiento constitucional de las libertades colectivas y los derechos laborales conquistados por el movimiento obrero, se dio inicio a un proceso de internacionalización de los derechos sociales, con la creación de la Organización Internacional del Trabajo, mediante la firma del Tratado de Versalles que puso fin a la Primera Guerra Mundial que dejó mutilados, viudez, orfandad y desempleados, en completa miseria y abandono, representando un periodo ignominioso para la humanidad. Esa iniciativa impulsada por el movimiento obrero, como se ha dicho, vino a reforzar el intervencionismo de los Estados que apostó por el acelerado desarrollo de las legislaciones obreras en los distintos sistemas nacionales.

²⁴ Al respecto, vid., la reseña de Manuel Carlos Palomeque López, cuando recalca que la organización y la acción política y sindical del proletariado tuvo la siguiente evolución: '1. Etapa de prohibición. La burguesía triunfante de su revolución histórica, que supuso la consagración de las relaciones capitalistas de producción y la afirmación del liberalismo como producto ideológico dominante, se apresuraba a la eliminación de los vestigios de las corporaciones del Antiguo Régimen bajo el principio de 'nada entre el individuo y el Estado'. Los sindicatos y demás organizaciones obreras entraron de lleno así en el ámbito prohibitivo de leyes como la francesa *Le Chapelier* de 1791 (el Edicto *Turgot* había procedido en 1776 a abolir en Francia todas las corporaciones, jurados y maestras, proclamando el principio de libertad de trabajo) o las *Combination Acts* inglesas de 1799 y 1800. El carácter revolucionario de las sociedades de resistencia, amenaza cierta para las paredes maestras del orden burgués, provocaba al instante el reforzamiento de la prohibición (incluso con la tipificación penal de la actividad sindical). 2. Etapa de tolerancia. El desarrollo del movimiento obrero iba a conducir paulatinamente en los distintos ordenamientos jurídicos a un levantamiento de la prohibición penal acerca de la constitución de sindicatos, bien que subsistieran importantes reductos de represión para la acción obrera y sindical y, sobre todo, una actitud defensiva por parte de los poderes públicos en la interpretación y alcance del asociacionismo de los trabajadores. 3. Etapa de reconocimiento jurídico. En todos los ordenamientos hay una disposición legislativa o una sentencia judicial que sanciona jurídicamente la legalidad formal y expresa de las organizaciones sindicales, abandonándose así la fase de mera tolerancia de las mismas. La organización obrera no será ya, no sólo prohibida, ni siquiera simplemente tolerada, sino que gozará de reconocimiento y protección por el Derecho. Es el caso, así pues, de la Ley de Asociaciones italiana (1864), de la *Trade Union Act* británica (1871), de la Ley francesa *Waldeck-Rousseau* (1884) o de las Leyes norteamericanas *Clayton Act* (1914), *Norris Laguardia Act* (1932) o *Wagner Act* (1935), así como de la sentencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos en el *Senn Case* (1937), que significa la consagración constitucional del sindicalismo. El sindicalismo se convierte en una institución esencial para los fines que constitucionalmente se propone el Estado, revistiendo la libertad sindical la cobertura de derecho fundamental, que dispone de un cuadro reforzado de tutela. La libertad sindical, y el conjunto de derechos que integran su contenido esencial, no es ya tan sólo un instrumento básico de autotutela para la clase trabajadora, sino al propio tiempo uno de los pilares de la estructura institucional de los Estados democráticos de capitalismo avanzado. A partir de la Constitución alemana de *Weimar* (1919), el sindicato y la libertad sindical recibirán sanción constitucional en los modernos textos fundamentales como la Constitución italiana de 1947 (art. 39), la Ley Fundamental de Bonn de 1949 (art. 9.3), la Constitución francesa de 1958 (preámbulo de la de 1946 dejado en vigor), la Constitución portuguesa de 1976 (arts. 56 y 57), o, en fin, la Constitución española de 1978 (arts. 7 y 28.1)' (Ibid. pp. 11-12).

2.2 Proclamación e inserción de los derechos sociales en las Constituciones de Querétaro de 1917 y Weimar de 1919

El largo proceso evolutivo de la expansión de los derechos fundamentales, se inicia cuando el Estado actúa en las relaciones jurídicas entre particulares, protegiendo a los grupos marginados -después de ocurrida la primera revolución social del siglo XX- y abandonando la concepción abstencionista del Estado liberal burgués, por el llamado el intervencionismo estatal. El esquema clásico del constitucionalismo liberal es modificado desde la constitución francesa de 1848, resultado de su tercera revolución, la cual tuvo un carácter socialista y que fuera replanteado con nuevo impulso con la constitución mexicana de 1917, luego de su revolución en 1910, y la constitución alemana de 1919. Esas constituciones fueron consideradas como modelos emblemáticos del constitucionalismo social.

La Constitución de *Querétaro* de 1917, expedida el 5 de febrero fue la primera carta política en América que dio reconocimiento a los derechos laborales y sociales, producto de la revolución mexicana promovida por los campesinos y obreros que buscaban ser protegidos frente a los atropellos e injusticias sufridas en las minas, campos y fábricas. Las libertades colectivas y sociales²⁵ fueron proclamadas como derechos constitucionales junto a los derechos de libertad que tiene el individuo frente al Estado. Se dijo que fue la primera Declaración de Derechos Sociales en el mundo, ya que se reconoció el trabajo como valor fundamental de la vida social. Sin embargo, Manuel Alonso García, llegó a

²⁵ El extenso artículo 123 de la Constitución de *Querétaro* contiene variados derechos cuyo ejercicio ocurre en los ámbitos laboral y de seguridad social, entre los cuales pueden ser destacados los siguientes: limitación de jornadas de trabajo, protección del trabajo de mujeres y menores, salario mínimo inembargable, participación en los beneficios o utilidades de las empresas, capacitación y adiestramiento, seguridad e higiene en el trabajo, sindicación y huelga, estabilidad en el empleo, privilegios salariales, protección frente a los accidentes de trabajo, servicios de colocación, principio de igualdad de trato, entre otros.

decir que con ella se iniciaba el proceso de constitucionalización del Derecho del Trabajo, porque se dio a la actividad productora igual jerarquía que los otros principios de orden político, concretamente dicho texto fue “el primero de los que incorpora a su articulado derechos y deberes laborales”²⁶.

La doctrina mexicana ha exaltado la incorporación de los derechos sociales en el texto de la Constitución de 1917, lo cual es un mérito indiscutible de la Asamblea Constituyente de *Querétaro*. Así, Mario De La Cueva, dijo que esa carta fundamental “brotó de la tragedia y del dolor de un pueblo y fue creación natural, genuina y propia del mexicano, del hombre que venía de ofrendar su vida en el combate de la revolución”²⁷. También José Manuel Lastra anota que “no fueron una dación graciosa por parte del Estado, sino una conquista de la clase trabajadora, frente al capital y al Estado liberal burgués”²⁸. Las ideas plasmadas en esa normativa constitucional representaron los cimientos de la legislación de trabajo, inspirada en principios de justicia y de humanidad. Esa bella pieza histórica impuso la dignidad de la persona humana como fundamento axiológico de los derechos constitucionales conquistados por la clase obrera, condición que le sería negada, durante mucho tiempo atrás.

Tras el triunfo de la revolución bolchevique en octubre de 1917, el Congreso de los *Soviets* de Rusia, aprobó el 12 de enero de 1918, la Declaración de los Derechos del Pueblo Trabajador y Explotado²⁹. Fue incorporada a la Constitución de la República

²⁶ (1985 pp 103-104)

²⁷ (1993 p 44)

²⁸ (1993 p 98)

²⁹ La Declaración abolía la propiedad privada de los medios de producción y proclamaba el control obrero sobre las fábricas, así

‘ l Queda abolida la propiedad privada de la tierra. Se declara patrimonio de todo el pueblo trabajador toda la tierra, con todos los edificios, el ganado de labor, los aperos de labranza y demás accesorios agrícolas

Socialista Soviética de Rusia, el día 10 de julio de 1918, simbolizando el triunfo universal de la clase proletaria apoyada por los campesinos que fueron explotados por el régimen zarista. La Declaración socialista de 1918, fundada en el marxismo-leninismo, se equipara a la Declaración burguesa que estuvo basada en el liberalismo individualista de 1789, proclamando la primera la obligatoriedad del trabajo y la abolición de la propiedad privada y el establecimiento de la propiedad estatal como medio de producción, mientras que la segunda inspirada en la libertad económica dio lugar a la exaltación de la propiedad privada.

Con la dictadura del proletariado se daría una verdadera justicia social y desaparecerían las desigualdades socioeconómicas entre los hombres que habían sido denunciadas en la Revolución Francesa. La Declaración rusa buscaría la igualdad material de los trabajadores dentro de la sociedad y consolidaría el sistema normativo, tras la dignificación del derecho al trabajo como actividad humana. Por tanto, los trabajadores podrían satisfacer sus necesidades personales y familiares, al igual que garantizar los derechos a la educación, salud, seguridad social, etc.

En Europa occidental, la tendencia de constitucionalización de los derechos sociales y laborales comenzó a propagarse con la Constitución de *Weimar*, aprobada en 1919, siguiendo la experiencia ocurrida dos años antes en América. En la segunda parte del texto constitucional alemán se proclamaron los derechos y deberes fundamentales de los ciudadanos alemanes, regulándose fuera de los individuales aquellos que tienen relación

2. Se confirma la ley de los soviets sobre el control obrero y el Consejo Superior de la Economía del Pueblo, con el objeto de asegurar el poder del pueblo trabajador sobre los explotadores y, como primera medida, para que las fábricas, talleres, minas, ferrocarriles y demás medios de producción y de transporte pasen por entero a ser propiedad del Estado obrero y campesino.

3. Se confirma el paso de todos los bancos a propiedad del Estado obrero y campesino, como una de las condiciones de emancipación de las masas trabajadoras del yugo del capital.

4. Queda establecido el trabajo obligatorio para todos, con el fin de suprimir las capas parasitarias de la sociedad.”

con la vida social, cultural y económica, los cuales fueron conquistados por el proletariado y el movimiento obrero después de duras batallas y que serán mencionados enseguida. Concretamente, se dio tratamiento y valor constitucional al matrimonio como fundamento de la familia, la educación y a las libertades de reunión, de asociación diferenciada de la asociación profesional, el trabajo, el fuero de maternidad y asistencia y seguridad social³⁰

A pesar de la inserción de los derechos sociales en dicha constitución, Carl Schmitt, comentó que el constituyente germano no había creado un Estado Social “ni individualista-burgués ni socialista-bolchevista sino uno de carácter mixto”³¹, dado que ella contenía elementos liberales y de contenido social. El nuevo Estado de Derecho diseñado en la constitución vino a establecer una República democrática en reemplazo del Estado autoritario.

Específicamente, el derecho de asociación profesional reconocido en la Constitución de *Weimar* en el artículo 159, como uno de los derechos sociales, ha sido diferenciado claramente de otros derechos fundamentales. De acuerdo con Alfred Hueck y Hans Carl Nipperdey “la libertad de asociación profesional del artículo 159 debe separarse radicalmente de la libertad de asociación del artículo 124. Es un derecho fundamental, de naturaleza especial, que no queda cubierto por los artículos 123 y 124 (libertad de

³⁰ Los derechos sociales estaban formulados en varias secciones dentro de la célebre constitución germana, específicamente en la segunda parte, así: la sección segunda sobre la vida social contempla la maternidad en la parte final del artículo 119, disponiéndose que “la maternidad tiene derecho a la protección y auxilio del Estado”, la sección cuarta relativa a la educación y enseñanza se dispuso en el artículo 143 que “se atenderá a la educación de la juventud mediante establecimientos públicos”, la quinta sección referida a la vida económica en el artículo 151 donde se configuró la libertad económica se ordenaba que “la organización de vida económica debe responder a principios de justicia con la aspiración de asegurar a todos una existencia digna del hombre”, la libertad de asociación profesional se garantizaba en el artículo 159, cuando se impuso la ineficacia de las medidas que intentaran restringirla o impediría, con la siguiente formulación “En todas las profesiones la libertad de asociación para la defensa y mejora de las condiciones del trabajo y de la vida económica deben ser garantizadas a todos los individuos. Todos los acuerdos y medidas que pretendan restringir o impedir esa libertad son nulos”. También se establecieron el derecho al trabajo, a la seguridad social y a la propiedad privada sujeta a cumplir una función social.

³¹ (1966 pp 187-188)

reunión y asociación) La libertad de asociación del artículo 124 es la libertad de formar asociaciones para la realización de todos los fines que no sean contrarios al derecho, con excepción de los fines a que se refiere la asociación profesional La libertad de asociación profesional es el derecho de unirse para la defensa y mejoramiento de las condiciones de trabajo y de la economía”

“Un análisis detenido de la historia de estos dos derechos demuestra su diferencia La Constitución de Prusia de 31 de enero de 1850 garantizó la libertad de asociación como uno de los derechos naturales del hombre Y sin embargo, la Ley del Trabajo (*Preussische Gewerbeordnung* de 1845) prohibía las coaliciones de los trabajadores o de patronos, y esta ley estuvo vigente hasta en el año de 1859 Si el derecho de asociación profesional fuera una expresión del derecho general de asociación, no hubiera podido subsistir la prohibición, ante el texto constitucional” También recuerdan los autores que “la historia de estos derechos en Francia no ha sido debidamente interpretada En ese pueblo no existía el derecho de asociación ni la Declaración de Derechos de 1789, ni la Constitución de 1791 lo aseguraron La Ley *Chapelier* prohibió la asociación profesional, y más tarde, el Código Penal extendió la prohibición a toda asociación de más de veinte personas. La Ley de Asociación Profesional de 1884 únicamente levantó las prohibiciones para los sindicatos, pero no para la asociación en general. Es pues lícito concluir, puesto que el derecho de asociación profesional puede subsistir sin la libertad general de asociación, que se trata de dos instituciones distintas”.

“Si pues la libertad general de asociación no ha cubierto en la historia al derecho de asociación profesional y si éste ha existido sin aquel, no se le puede considerar como una

aplicación del supuesto derecho general de asociación. Y por otra parte, la existencia de dos textos en la Constitución de *Weimar* indica, en concordancia con la historia, que son dos derechos diversos” Por ende, concluyen que “la diferencia principal entre los artículos 124 y 159 radica en la diversa protección jurídica que les corresponde El artículo 124, como precepto protector, concede únicamente protección contra el poder público y contra el Estado En tanto que el Artículo 159 concede una protección contra determinados poderes sociales y contra ciertos particulares”³², según fue comentado entre nosotros en un viejo estudio sobre historia constitucional

Es claro que se trata de derechos fundamentales diferentes, no sólo por su origen histórico sino por su fundamento filosófico, lo que conduce a que pueda distinguirse la titularidad y naturaleza de tales derechos, así la asociación profesional le pertenece a la clase trabajadora y posee una naturaleza eminentemente colectiva, mientras que la libertad de asociación es un derecho que ostentan todos los seres humanos de índole individualista

Los derechos laborales aparecen cobijados bajo el manto de los derechos sociales, bautizados derechos de segunda generación, debido al momento de su aparición en la historia de la humanidad como es sabido, y no están referidos a la tutela de la esfera de libertad del individuo sino al logro de la igualdad real y de la justicia social Su nexa con los derechos fundamentales es precisada por Mario Pasco Cosmópolis, cuando dijo que “entre los derechos laborales y los derechos fundamentales hay una relación semejante a la de dos círculos secantes, que al interconectarse generan un espacio en común, pero

³² (1986 pp 127-128)

mantienen también áreas que no se vinculan. Así, hay derechos fundamentales que no son laborales y derechos laborales que no son fundamentales; existen también, obviamente, derechos fundamentales que son laborales o sea derechos laborales que son también derechos humanos fundamentales³³. Con ellos empezó el proceso de constitucionalización social, según es puntualizado doctrinalmente, cuando se delimitan sus claros propósitos³⁴.

La importancia de esas cartas es recordada por Ernesto Rey Cantor y María Carolina Rodríguez Ruíz, cuando escriben que “las Constituciones Políticas de *Querétaro* y de *Weimar* sirvieron de modelos inspiradores para las Constituciones Políticas que se expidieron en occidente con posterioridad a la segunda guerra mundial; y la Constitución Rusa, con la Declaración de los Derechos del Pueblo Trabajador y Explotado, fue el modelo socialista para la Constitución de la República Popular de China de 1949, la Constitución Cubana de 1976 y otras de Europa oriental³⁵. Ambos instrumentos se han convertido en los antecedentes de la regulación a nivel internacional de los derechos humanos de segunda generación, esto es, los derechos económicos, sociales y culturales, tal como puede apreciarse en el Pacto que lleva esta nomenclatura y fuera aprobado el 16 de diciembre de 1966

No debe olvidarse la influencia ejercida sobre las constituciones de la República Española de 1931, de la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas de 1936, de la República de Francia de 1946 y 1958, y todas aquellas que se dictaron cuando finalizó la

³³ (1995 p 453)

³⁴ Vid., el doble objetivo de ese fenómeno moderno resaltado por Emilio Morgado Valenzuela, consistente en “situar en un mismo nivel los derechos de los trabajadores y los del ciudadano y dar a las correspondientes normas el carácter de fuente del derecho de rango superior al atribuido a las de carácter legal, sea que ellas tengan el carácter de fuentes mediatas o inmediatas” (1986 pp 691 y 692)

³⁵ (2007 p 143)

Primera Guerra Mundial con la firma del Tratado de Versalles. La tendencia hacia la *constitucionalización de los derechos laborales* fue seguida en la mayoría de los estatutos de América Latina, al comienzo del siglo veinte, excepto en países como Argentina, Costa Rica, Ecuador, Guatemala, Haití, Honduras y República Dominicana.

Por su parte, aunque censura el reconocimiento tardío de los derechos sociales, concebidos como una conquista real de la clase trabajadora y como una necesidad objetiva del sistema capitalista, Gerardo Pisarello, destaca que la presión social y la expansión de derechos políticos y sindicales fueron determinantes –pero no las únicas causas- para su aparición y protección, tal como ocurrió con la “ revolución mexicana, que vio reflejados algunos de esos objetivos en la Constitución de *Querétaro*, de 1917, y de la revolución rusa, que también los consagró, en 1918, en su propia Constitución socialista, tendencia seguida en la emblemática Constitución de *Weimar* de 1919, el de la II República española, reflejado en la Constitución de 1931, o el final de la III República francesa”³⁶ . Cuestiona este autor también la subordinación axiológica a los derechos civiles y políticos, las disparidades sobre el cumplimiento de sus contenidos y el diferenciado tratamiento respecto de la tutela judicial de ese tipo de derechos y los sociales, desde un punto de vista dogmático, será objeto de estudio en otro punto y capítulo de este trabajo.

Luego de rebatir con argumentos contundentes que los derechos sociales aparecieron de forma tardía con respecto a los derechos civiles y políticos, que no dependen de éstos y son equiparables en cuanto a la estructura de su contenido, por lo que no se justifica la

³⁶ (2007 pp.26-28)

debilitada tutela procesal en los ordenamientos internos, igualmente propone una protección jurídica equivalente, tanto para los derechos civiles y políticos como para los derechos económicos y sociales, mediante garantías ordinarias y especializadas que establecen mecanismos concretos que permitan la restauración de esos derechos fundamentales cuando resulten vulnerados por las actuaciones de los particulares inclusive

Este último enfoque es compartido por Julián Daniel López Murcia, cuando reafirma que los Derechos Económicos, Sociales y Culturales son exigibles judicialmente al igual que los Derechos Civiles y Políticos, aunque entre ellos existan aparentes diferencias estructurales o tratos diferenciados, habida cuenta que los segundos implican “una obligación negativa de los Estados, sustentado en gran parte en el contexto histórico bajo el cual se reivindicaron estos derechos, donde lo que se requería de los Estados era un dejar de hacer, un no intervenir en la esfera de la vida privada de los ciudadanos para la realización de los derechos” y los primeros en contraposición implicarían “una obligación positiva del Estado, un efectivo actuar para establecer las condiciones que permitan a los ciudadanos ejercer derechos. En consecuencia, se justificaba consagrar los derechos en instrumentos separados, ya que los DCP tienen una aplicabilidad inmediata mientras que los DESC requieren de una estructura del Estado para hacerlos efectivos y, por lo tanto, la obligatoriedad de los mismos se ve sujeta a una cláusula de progresividad”³⁷ Finalmente, sostienen que “ al consagrarlos en instrumentos separados y darles un tratamiento diferenciado, se ha permitido que los Estados tengan un nivel de compromiso distinto frente a unos y otros. Lo que se ha hecho palpable frente a la justiciabilidad de

³⁷ (2009 pp 43-44)

los mismos, a nivel internacional y a nivel interno"³⁸ Según el Sistema Universal de Protección de los Derechos Humanos, las personas pueden presentar quejas ante el Comité de Derechos Humanos por violaciones a los derechos consagrados en el PIDCP, pero frente a las violaciones de los derechos consagrados en el PIDESC sólo existirá dicha posibilidad una vez entre en vigor el Protocolo Facultativo del Pacto de DESC, aprobado en 2008. Por ello, respecto a la caracterización de los derechos sociales, se ha dicho que son considerados derechos positivos, costosos y condicionados en cuanto a su realización, mientras que los derechos civiles y políticos son derechos negativos, no onerosos y de fácil protección.

La incorporación de los derechos sociales a los textos constitucionales vino a consolidarse durante la finalización de la Segunda Guerra Mundial, desde una perspectiva histórica, dando lugar a la transformación del Estado liberal y provocando la aparición de una nueva forma de organización política: el Estado social de Derecho.

La doctrina científica plantea que el Estado social de Derecho descansa sobre el constitucionalismo social que supuso la limitación de las desigualdades que existen en una sociedad determinada, estableciendo un mínimo de igualdad entre los individuos, basado en la dignidad humana, sin importar la posición social que tengan eventualmente, lo cual condujo al perfeccionamiento del Estado de Bienestar. El reconocimiento de los derechos sociales se produjo tras la conquista de las libertades colectivas y derechos laborales que la clase obrera lograra, enfrentando su injusta explotación, al inicio del capitalismo dentro de la sociedad industrial.

³⁸ (Ibid p 44)

Con todo acierto, Luigi Ferrajoli, sostiene que “la historia del constitucionalismo es la historia de esta progresiva ampliación de la esfera pública de los derechos. Una historia no teórica, sino social y política, dado que ninguno de estos derechos cayó del cielo sino que todos fueron conquistados mediante rupturas institucionales las grandes revoluciones americana y francesa, los movimientos decimonónicos por los estatutos, y, en fin, las luchas obreras, feministas, pacifistas y ecologistas de este siglo. Se puede decir que las diversas generaciones de derechos corresponden a otras tantas generaciones de movimientos revolucionarios desde las revoluciones liberales contra el absolutismo real de siglos pasados, hasta las constituciones de este siglo, incluidas la italiana de 1948 y la española de 1978, nacidas de la Resistencia y del rechazo del fascismo, como pactos fundantes de la democracia constitucional También forma parte de esta historia la extensión, aunque sea embrional, del paradigma constitucionalista al derecho internacional En efecto, igualmente en la historia de las relaciones internacionales, con la institución de la ONU y de las cartas internacionales de derechos humanos, se produjo una ruptura de las que hacen época”³⁹

2.3 Fomento progresivo de los derechos fundamentales durante el desarrollo del Estado Social de Derecho

Con el reconocimiento constitucional de los derechos laborales, junto a otros derechos sociales y su progresivo fomento, cuando son propagados al resto de los ordenamientos de los distintos Estados nacionales después de la Segunda Guerra Mundial, queda establecido el origen y consolidación del Estado social que constituye el triunfo de las sublevaciones, revueltas y rebeliones que los oprimidos pusieron en marcha frente a las

³⁹ (2009 pp 54-55)

humillaciones e injusticias realizadas por la clase burguesa y el aparato estatal, su principal cómplice, buscando el bienestar de la clase obrera y del proletariado. Entonces, se hace necesario distinguir el Estado social del Estado de bienestar para no confundirlos, dado que suelen equiparados o utilizados indistintamente.

Como bien reconocen Ernesto Rey Cantor y María Carolina Rodríguez Ruíz, citando la doctrina, el Estado de Bienestar es "un sistema social desarrollado en las democracias capitalistas industrializadas como Gran Bretaña, después de la segunda guerra mundial y que permaneció más o menos intacto hasta mediados de los años setenta"⁴⁰, caracterizado por establecer la igualdad desde una perspectiva de oportunidades, más allá de su concepción formal como derecho constitucional, destinada a permitir la participación real y creciente en el producto o renta de todos los sectores sociales y que provoca una aparente fraternidad.

También se ha dicho que ". el Estado de Bienestar fue concebido como un conjunto de instituciones complementarias de las economías corporativas en expansión, evolutivas y no rupturistas con las instituciones económicas capitalistas, y negociables entre el capital y trabajo bajo el arbitrio del Estado, mientras que el Estado social se concibió como un conjunto de instituciones compensatorias de los costes del crecimiento económico capitalista, subordinadas a los intereses económicos y sociales dominantes y dictadas desde arriba bajo la presión de los conflictos sociales"⁴¹. Es obvio, que el Estado de Bienestar se dio primero que el Estado social de Derecho, diferencia que no desdeña la

⁴⁰ (Op Cit pp 148)

⁴¹ (Ibid pp 148-149)

esencia de la manera de atacar, enfrentar y resolver los históricos problemas que trajo la cuestión social

En ese sentido, tras proclamarse en el preámbulo como objetivo principal la libertad de todos los ciudadanos en un régimen socioeconómico justo que sirva para la paz interna y externa donde se enumeran los tres valores fundamentales –libertad, justicia y paz- que informan tanto la Constitución como el modelo diseñado, Ignacio Sotelo, precisa que “la Constitución de *Weimar* esboza el Estado de bienestar, pero lo llama Estado social, siendo la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania la que retoma el concepto y contenido del Estado social, ‘Estado social de derecho’, pero sobre este ordenamiento constitucional, siguiendo el modelo trazado en *Weimar*, la socialdemocracia en los años setenta se propone construir el Estado de Bienestar”⁴²

Así, se indica con claridad que “La diferencia básica entre el Estado social y el Estado de bienestar, tal como lo configura por vez primera la Constitución de *Weimar*, consiste en que el primero parte de la racionalidad del orden capitalista y deja a la economía que se desenvuelva libremente, sin interferencias extrañas, para después, en un segundo momento, ocuparse de la situación social de los más débiles, exigiendo un mejor reparto de cargas y beneficios. El Estado de bienestar, por el contrario, parte del supuesto de que el capitalismo, abandonado a su libre desenvolvimiento, produce un orden social tan injusto como inhumano, y que, por tanto, el Estado ha de intervenir ya en la fase de producción, corrigiendo y remodelando el orden socioeconómico desde los principios de

⁴² (2012 p 196)

la justicia. Ello comporta según la Constitución de *Weimar*, adoptar una serie de medidas, que en su conjunto es lo que configura al Estado de bienestar”⁴³

La constitución de *Weimar* que diseña el primer Estado de bienestar en el continente europeo, que no fue capaz de ponerlo en marcha, como es sabido, introdujo la noción de la dignidad humana proveniente de la tradición humanista que tuvo un papel primordial en las declaraciones internacionales de los derechos humanos y los ordenamientos constitucionales, cuando terminada la Segunda Guerra Mundial Hace alusión a la dignidad humana la Carta de Naciones Unidas de 1945, la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, la Ley Fundamental de *Bonn* de 1949, al igual que las constituciones griega (1975), portuguesa (1976) y española (1978) Se observa que el principio de la dignidad de las personas fue recogido en distintos ordenamientos positivos, tanto en la esfera internacional como en la normativa interna de distintos Estados, por lo que goza de aceptación generalizada o de una universalidad.

Pese a la tendencia expansiva de los derechos sociales y, consecuente, vigencia del Estado social de Derecho, se plantea su declive o crisis debido al desplome del Estado de bienestar que obedece al desempleo causado por las deficientes políticas económicas capaces de generar soluciones concretas de empleo con independencia de los nuevos tiempos que vive la humanidad Ese derrumbamiento o desmontaje, como suele designarse, incide en los programas de seguridad social (enfermedad, invalidez, vejez y muerte) que deben ser proporcionados a los sectores más desfavorecidos

⁴³ (Ibid pp 198-199)

3. La exigibilidad de los derechos fundamentales: distinción entre derechos civiles y sociales:

La efectiva realización de los derechos fundamentales envuelve un debate que trasciende la esfera de su establecimiento o validez en los textos jurídicos, pues esta clase de derechos preexisten sin importar la acción legislativa y/o la voluntad de las partes dentro de la relación jurídica donde se hagan valer o persigan su reconocimiento judicial. Entonces, se desprende que la preservación de un derecho supremo va más allá que la norma que garantiza su integridad, porque ésta impone la forma como debe ser asegurado, mientras que aquella determina su ejecución, sea inmediata o mediata, tal como se verá en esta investigación.

3.1 Clásica división de los derechos fundamentales

Ya se dijo que la conquista y reconocimiento de los derechos fundamentales se produjo durante las revoluciones liberal e industrial, teniendo como inspiración dos valores o fundamentos políticos (libertad e igualdad), los cuales determinaron su positivación en los textos constitucionales y provocaron un separado tratamiento internacional. Es claro, que la inserción constitucional de los derechos supremos se dio con el objeto de exaltarlos y asegurarlos frente a los abusos del poder estatal y de la clase dominante, protegida por el Estado, extendiéndose dicha protección a las relaciones entre particulares.

Históricamente, en cuanto a la clasificación de esos derechos, han sido varios los criterios empleados para diferenciar los distintos derechos fundamentales. Según el sujeto que los

ejerce se pueden dividir en derechos individuales y sociales, siendo los primeros aquellos que son ejercidos a título personal e implican intereses particulares y el goce de beneficios de índole personal, mientras que los segundos son aquellos referidos a intereses colectivos y son ejercidos por grupos de personas. Desde el punto de vista de su naturaleza tales derechos pueden ser clasificados en derechos civiles, políticos, sociales y culturales. Los derechos civiles son aquellos que tienen que ver con la dignidad del ser humano, los derechos políticos son aquellos que se ejercen a título individual como miembro de la comunidad política y están relacionados estrechamente con la función pública, los derechos sociales son aquellos que garantizan a las personas condiciones sociales básicas para un buen desarrollo y le permitan acceder a un nivel de vida adecuado. Desde la perspectiva de su reconocimiento normativo los derechos fundamentales suelen agruparse en derechos de primera y segunda generación, ubicándose entre aquellos los derechos civiles y políticos y entre los segundos los derechos económicos, sociales y culturales⁴⁴

Según su aparición histórica y naturaleza los derechos civiles y políticos se caracterizan porque imponen un deber de abstención del Estado y porque son ejercidos por cualquier persona, en tanto los derechos económicos, sociales y culturales, reconocidos con posterioridad a los civiles y políticos se caracterizan porque benefician a muchas personas de la comunidad o sociedad y están condicionados en su cumplimiento a las posibilidades reales de cada país, lo que dificulta la posibilidad de reclamarlos inmediata y directamente como se ha dicho con insistencia.

⁴⁴ (1996 pp 97-98)

Desde una perspectiva axiológica se dice que los derechos sociales se encuentran subordinados a los derechos civiles y políticos, ya que la prioridad de esta categoría consistente en alcanzar la libertad del individuo, no se extiende a los que persiguen el bienestar de las personas o grupos o la igualdad de éstos en comunidad. Este criterio es motivo de cuestionamiento entre expertos y filósofos al sostenerse que no deben ser excluyentes ambas finalidades cuando se alude a los derechos supremos o fundamentales

3.2 *Aplicabilidad inmediata y mediata de los derechos fundamentales*

La distinción entre derechos civiles y sociales se ha reflejado en la problemática de su justiciabilidad o reconocimiento por vía judicial de tales derechos, habida cuenta que hay variadas formas de aplicar ambos derechos fundamentales. Así, el contenido de los derechos civiles y políticos hizo que se planteara su aplicación directa dentro de las relaciones entre particulares, inclusive, mientras que a ese tipo de relaciones no pueden aplicarse los derechos sociales, ya que éstos entrañan prestaciones a cargo del Estado. Por consiguiente, su aplicación depende del desarrollo otorgado y/o estructura prevista por el Estado.

La mayoría de la doctrina considera los derechos sociales como meras declaraciones de buenas intenciones o de compromiso político, se hacen efectivos dependiendo de la intervención del Estado, no obstante, algunos sostienen que éstos son derechos exigibles judicialmente.

Sobre este aspecto, Víctor Abramovich y Christian Courtis estiman que "...la diferencia entre derechos civiles y derechos sociales no puede fundarse sobre argumentos de orden

lógico-deóntico, ni sobre la presencia o ausencia de características tales como la exigibilidad judicial, cabe preguntarse entonces si mantener la distinción tiene algún sentido, o bien, dicho de otro modo, si existe algún factor que permita justificar la distinción. En mi opinión, la distinción sólo es útil en la medida en que refleja la operación de dos paradigmas o matrices político-ideológicos diferentes de regulación jurídica, y permite, además situar en un contexto histórico la forma en que han sido conceptualizados y positivados los diversos derechos"⁴⁵ También afirman que ". entre los denominados derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales y culturales existe un *continuum* estructural, de modo que las supuestas diferencias entre ambos no constituyen más que diferencias de grado o, a lo sumo, diferencias que radican en el peso simbólico de algunas obligaciones del Estado (en especial, las obligaciones de hacer) cuando se trata de describir los rasgos característicos de un derecho"⁴⁶

Entonces, a pesar de los obstáculos que coyunturalmente están ligados a los derechos civiles y políticos, los derechos sociales admiten posibilidades de exigibilidad derivada del creciente activismo judicial y determinadas estrategias recibidas en los ordenamientos jurídicos

Usando la terminología derechos de defensa y de prestación, cuya clasificación obedece a la función que los derechos fundamentales cumplen en la relación Estado-ciudadano, Rodolfo Arango Rivadeneira describe que "los derechos de defensa tienen que ver con la acción negativa del Estado (omisión estatal), que limita su campo de acción y asegura la libertad del individuo. Los derechos de prestación se refieren principalmente a los

⁴⁵ (2004 pp 47-48)

⁴⁶ (Ibid p 117)

derechos a la acción positiva del Estado (a un hacer estatal), la cual asegura la participación del ciudadano en prestaciones normativas"⁴⁷

También añade que "una parte de la doctrina constitucional limita los derechos fundamentales a los derechos de defensa, según esta concepción las determinaciones de los derechos fundamentales tienen un carácter exclusivamente negativo. Ponen límites al Estado para asegurar espacios individuales de libertad, en consonancia con la concepción liberal clásica de los derechos fundamentales, que puede remitirse al desarrollo histórico y los derechos fundamentales surgieron históricamente como derechos a la libertad o a la defensa en contra del poder estatal monárquico y luego contra el poder constitucional de la república, a favor de la libertad de individuos o grupos de individuos. En contraposición, una concepción socialista de los derechos fundamentales deja abierta la clase de derechos fundamentales a ésta pueden pertenecer tanto los derechos de defensa, como los derechos de prestación. El carácter abierto del concepto de derechos fundamentales refleja e incorpora el cambio de los derechos fundamentales en el Estado social de derecho, lo que no sucede con la concepción burguesa de los derechos fundamentales en el liberalismo clásico"⁴⁸

Finalmente, se expone que la reducción del contenido de los derechos fundamentales a los derechos de defensa resulta injustificada e inapropiada, dado que su dimensión negativa como positiva alcanza el concepto de los derechos fundamentales.

Por su parte, Albert Noguera Fernández apunta que " los derechos civiles y políticos no requieren de intervención del Estado para ser realizados, y, por tanto, su cumplimiento es

⁴⁷ (2005 p 35)

⁴⁸ (Ibid p 36)

gratuito o casi-gratuito. Los derechos civiles y políticos, nos dicen sólo imponen al Estado un conjunto de prohibiciones (la prohibición contra la tortura y la esclavitud, la prohibición de privar arbitrariamente a alguien de su libertad, la prohibición de interferir en la privacidad de alguien o en su libertad de expresión, asociación o circulación, etc.). Para respetar estos derechos lo único que tiene que hacer el Estado es no practicar torturas, detenciones arbitrarias, persecución religiosa, etc. Por tanto, respetar estos derechos le sale al Estado gratis o, en cualquier caso no le supone un gasto por encima del exigido para asegurar la existencia del Estado. En cambio, la aplicación de los derechos sociales sí requiere de intervención estatal así como de un importante gasto económico, lo que hace que sea mucho más difícil aplicarlos"⁴⁹ Según esta visión, los derechos civiles y políticos son considerados como derechos negativos, mientras que los derechos sociales son valorados como derechos positivos

Vista la diferenciación entre los derechos civiles y políticos y derechos sociales, debo referirme a la exigibilidad judicial de los últimos, pues desconocer su aplicabilidad implicaría un serio retroceso frente al avance que ha tenido el constitucionalismo contemporáneo

Con otras palabras, hace poco Gerardo Pisarello expuso que "la cuestión de si los derechos sociales son derechos justiciables ha ocupado un papel central en las discusiones jurídicas"⁵⁰ Un sector doctrinal estima que los derechos sociales no son exigibles por vía jurisdiccional o derechos justiciables. Otros piensan que no existen razones ni argumentos válidos para oponerse a la justiciabilidad de los derechos sociales.

⁴⁹ (2010 p 33)

⁵⁰ (2007 p 88)

Esta última posición que comparto es defendida por los citados autores dado que la condición fundamental de los derechos sociales obedece a su consagración en las constituciones y tratados internacionales, al igual que a su susceptible protección mediante cauces y mecanismos operados en sede jurisdiccional⁵¹, también a su concepto bien desarrollado⁵² o elaborado sobre la base de su contenido subjetivo, y en función de las distintas estrategias de exigibilidad judicial de esos derechos, diferenciándose dos posibles maneras que son. *exigibilidad directa y exigibilidad indirecta*⁵³

Víctor Abramovich y Christian Courtis aseveran que la exigibilidad directa se refiere a aquella tutela en la que "el objeto de la actuación judicial tiene como sustento la invocación directa de un derecho económico, social o cultural, mientras que las estrategias de exigibilidad indirecta aluden a aquellas en las que la tutela del derecho social se logra a partir de la invocación de un derecho distinto"⁵⁴ Obviamente, que esta distinción se circunscribe a las relaciones jurídicas de derecho público donde el Estado juega un papel protagónico frente a los ciudadanos.

No obstante, teniendo en cuenta que los particulares tienen vinculación con todos los derechos fundamentales o la amplia vinculabilidad de esos derechos, Rodolfo Arango Rivadeneira prohija la distinción entre "efecto horizontal directo o inmediato de los derechos fundamentales y los efectos horizontales indirectos o mediatos de los derechos fundamentales"⁵⁵ Para este autor aquellos cuentan con una vinculación fuerte y los

⁵¹ (Ibid pp 79-80)

⁵² (Op Cit p 118)

⁵³ (Op Cit p 132)

⁵⁴ (Ibid p 132)

⁵⁵ (Op Cit p 100)

últimos tienen una vinculación débil, ya que no valen frente a los particulares sino que son tenidos como derecho objetivo en la interpretación de los derechos fundamentales.

Así las cosas, cuando se trata del efecto horizontal indirecto, el Estado es el único obligado a cumplir y respetar los derechos fundamentales, primordialmente los derechos sociales. Sin embargo, cuando se trata del efecto horizontal directo de los derechos fundamentales, los particulares también pueden ser obligados a asegurar su cumplimiento, siempre que se trate de derechos civiles y políticos, rechazándose esta tesis ante los derechos sociales. Partidario de la tesis que descarta a los particulares como sujetos obligados a realizar los derechos fundamentales, conquistados durante la revolución industrial, esto es, los derechos sociales, el citado autor sugiere que ello deba hacerse de forma indirecta debido a que debe establecerse un desarrollo normativo anticipado.

No obstante, estimo que los derechos fundamentales cuya vinculabilidad se impone al Estado como a los particulares, debe ser aplicada de forma directa sin importar su naturaleza o contenido normativo, habida cuenta que no puede ser excusa que su realización dependa del desarrollo legislativo o de cualquier motivo que resultan obstáculos y demoras injustificadas ante una situación reconocida debido a la condición humana.

CAPÍTULO SEGUNDO
**PROBLEMÁTICA DE LA *DRITTWIRKUNG DER GRUNDRECHTE* EN EL
CONTRATO DE TRABAJO**

"No cabe duda que uno de los problemas más grave que enfrentan los derechos fundamentales en nuestros tiempos no es su justificación sino su protección, esto es, no se trata de saber cuántos ni cuáles son los derechos fundamentales sino la forma de protegerlos o garantizarlos"

N Bobbio

1. La formación de la *Drittwirkung der Grundrechte* en la jurisdicción laboral y su extensión al resto de las relaciones jurídicas entre particulares.

Tras el fracaso de individualismo del Estado Liberal, debido a imposibilidad de darle respuestas a las personas y sectores con necesidades diversas que se encontraban en condiciones distintas, advino el constitucionalismo social que llegó a consolidarse, en todo el mundo, cuando fue concebida la validez de los derechos fundamentales en el ámbito laboral

Este revolucionario invento que fuera objeto de un proceso evolutivo, y que representa un patrimonio invaluable de la ciencia jurídica dado que produce la democratización de las relaciones laborales, se ha convertido en un elemento indispensable dentro del actual escenario de organización política de cualquier Estado

Queda planteado, entonces, el momento y lugar donde naciera esta singular figura que busca mantener la plena vigencia de los derechos fundamentales, en todas las esferas del ordenamiento jurídico, así como los valores insertos en el sistema normativo

1.1 *Antecedentes y pilares de la Ley Fundamental de Bonn de 1949*

Se observa que la constitución alemana de *Weimar* de 1919, vino a situar los derechos de los trabajadores en el vértice superior de la pirámide kelseniana, colocándolos junto a los derechos civiles y políticos del individuo, los cuales fueron catalogados por Georg Jellinek como derechos públicos subjetivos, ya que representan “las potestades que tiene el hombre, reconocidas y protegidas por el ordenamiento jurídico, dirigidas a un bien o

un interés determinado”⁵⁶ De acuerdo con esa clásica concepción, el individuo se encuentra en capacidad de exigir la acción del Estado, mediante el ejercicio de tales derechos, buscando la satisfacción de sus intereses que están protegidos por el orden jurídico Así, los derechos públicos subjetivos confinan o reducen su campo de acción a las relaciones entre el individuo y el Estado

De lo anterior, se desprende que son tres los aspectos envueltos en el concepto de los derechos públicos subjetivos, a saber el *status libertatis*, el *status civitatis* y el *status activae* El primero, se refiere al ámbito de libertad que el Estado reconoce al individuo, por su parte, el segundo, tiene que ver con las facultades de exigirle determinadas prestaciones para la protección de sus intereses individuales, y, el último, alude a la participación de la persona en el desarrollo de la vida política del Estado o su contribución en las actividades del Estado Se trataba de derechos reconocidos frente al Estado con el objeto de garantizar la libertad individual que era y suele ser amenazada o afectada por el abuso o exceso de poder público

Bajo esa perspectiva los derechos públicos subjetivos no podrían ser exigibles entre particulares, concepción superada en la actualidad, ya que su configuración estaba sentada y centrada en el deber de autolimitación del Estado donde éste se autoimpone su reconocimiento, garantías y mecanismos de eliminación, por cuanto se trataba del único sujeto vinculado a satisfacerlos o cumplirlos La concepción de esos derechos elaborada dentro del Estado liberal comprendieron una determinada categoría, pero su elaboración

⁵⁶ (1919 p 79)

no alcanzaba aquellos que emergieron por razón del desarrollo socioeconómico y cultural de esa época

La Ley Fundamental de *Bonn* de 1949, proclamada el 23 de mayo en la vieja Alemania Occidental, vino a ser concebida como una herramienta que daría solución a los problemas sociopolíticos que atravesaba la República Federal durante esa época histórica

Se erradicaba el pésimo funcionamiento de la República regida por la Constitución de *Weimar* donde los gobernantes instauraron un régimen de terror que no había visto nunca el mundo y otros vicios como el desequilibrio entre los poderes de los órganos del Estado, el abuso del plebiscito por el partido nacionalsocialista de corte extremista, la ausencia de un verdadero sistema democrático, entre otros, imponiendo correctivos como la determinación de claras funciones presidenciales dando con la armonización del gobierno federal, el establecimiento de una genuina organización estatal democrática y un Estado Social de Derecho y el blindaje del amplio catálogo de derechos fundamentales previendo que puedan ser reclamados ante los tribunales de justicia

El sistema político, adoptado conforme esa constitución alemana, se inspira y descansa en los derechos fundamentales, los cuales están dotados de protección reforzada y conforman el núcleo medular del ordenamiento jurídico

A diferencia de la constitución de la primera república federal alemana, elaborada en la pequeña ciudad de *Weimar* y adoptada en 1919, que contemplaba en su segunda parte el inventario de derechos fundamentales, la Ley Federal de 1949, llegó a ubicarlos al comienzo del instrumento para que se viera su importancia dentro del ordenamiento

constitucional. Esos derechos eran meros objetivos o declaraciones programáticas y se convirtieron en verdaderos y concretos derechos subjetivos exigibles ante los tribunales independientes. En el desaparecido régimen constitucional, los derechos fundamentales surtían efectos para el poder administrativo solamente, mientras que dentro de la segunda constitución alemana esos derechos vinculaban a los poderes legislativo, ejecutivo y judicial, sin necesidad de definición por el legislador. Esta breve descripción provino del estudio y análisis comparativo de ambos ordenamientos jurídicos.

Específicamente, tras el preámbulo dentro del Título Primero de la Ley Fundamental de *Bonn*, se consagraron los siguientes derechos fundamentales: la libertad religiosa, de opinión, de expresión, de reunión, el derecho a la propiedad privada y también los derechos sociales, los cuales podían ser directamente aplicados.

Para la efectiva protección de los derechos fundamentales en 1920, se instituyó el Tribunal Constitucional Federal, cuya primordial función era velar que los ciudadanos alemanes no fuesen privados de tales derechos, siguiendo el modelo austriaco de Hans Kelsen. Esa institución de la democracia alemana también estaba facultada para ejercer el control de constitucionalidad de las leyes, declarar la inconstitucionalidad de los partidos políticos, decidir los recursos por disputas constitucionales entre órganos estatales y federales o entre estados federados, etc. No era aceptado por los partidos políticos ni por el gobierno federal, a pesar de haber sido fundado como respuesta a los errores cometidos durante la vigencia de la segunda Constitución alemana, y que con el tiempo tuvo un papel importante y un reconocido prestigio entre los ciudadanos.

En definitiva, es posible reafirmar que esa legislación federal, la de *Bonn*, introdujo cambios trascendentales en el constitucionalismo contemporáneo, en cuanto a la protección de derechos fundamentales, inspirando otros ordenamientos constitucionales entre ellos Francia, Portugal y España que conforman el derecho comparado y a los cuales haré alusión a lo largo de este trabajo. La Ley Fundamental de la República Federal de Alemania dio pie a que se surgiera la *Drittwirkung der Grundrechte*, conocida como la eficacia horizontal o *inter privatos* de los derechos fundamentales, habida cuenta que ya no eran desarrollados tales derechos en su dimensión vertical.

1 2 *Desarrollo elaborado por Hans Nipperdey en el Tribunal Federal de Trabajo Alemán, durante la mitad del siglo XX, extendido al Tribunal Constitucional Alemán con el famoso caso Luth*

La doctrina de la *Drittwirkung Der Grundrechte* fue concebida en Alemania, durante la primera mitad del siglo XX, bajo la iniciativa de Hans Carl Nipperdey, quien fuera presidente del Tribunal Federal de Trabajo desde 1954 a 1963. Con marcado énfasis, el mencionado autor sostuvo que las normas constitucionales "influyen directamente también en los derechos privados subjetivos del individuo, estableciendo que el efecto jurídico es más bien normativo porque modifica las normas de derecho privado existentes –sin que importe que se trate de derecho vinculante o dispositivo, de cláusulas generales o de determinadas normas jurídicas- o crea otras nuevas, sean éstas prohibiciones, mandatos, derechos subjetivos, leyes de protección o razones de justificación"⁵⁷

De modo que cuando florecieron los grupos y organizaciones, como auténticos entes que comienzan a ejercer los poderes privados dentro de la sociedad que estaba gobernada por

⁵⁷ (1961 p 26)

el poder público, en forma exclusiva, se vino a admitir que los derechos fundamentales reconocidos a cada ciudadano en sus relaciones jurídicas con los demás, son igualmente susceptibles de ser amenazados o vulnerados y deben ser protegidos

Acorde con la postura de *Nipperdey* los derechos fundamentales no podían quedar limitados al campo de acción del Estado, sino que expandirían tanto la validez como eficacia de esos derechos al terreno del Derecho privado, donde aparecerían progresivamente sujetos con poderes que reconocería el ordenamiento jurídico. Se planteaba con ella que los derechos públicos subjetivos fueran respetados en los lugares privados donde se desarrollaban relaciones jurídicas sin participación del Estado, vinculando a los sujetos involucrados, cuyas actuaciones que pudiesen conculcar o menoscabar esos derechos protegidos en la cúspide del ordenamiento jurídico. Cabe observar que se llevarían a la práctica por los jueces mediante la aplicación directa de las normas que consagrarían los derechos fundamentales. En fin, se concreta la idea de la eficacia pluridireccional de los derechos fundamentales, habida cuenta que estos derechos tienen vigor en las relaciones de la vida social y económica.

Efectivamente, dentro de una controversia donde se reclamaba la igualdad salarial entre hombres y mujeres frente a las mismas labores prestadas en el centro de trabajo, mediante la sentencia del 18 de enero de 1955, se impuso la aplicación del principio constitucional de igualdad de derechos entre ambos sexos, consagrado en el artículo 32 de la Ley Fundamental de *Bonn*, estableciéndose el carácter vinculante de tal precepto sin que fuera necesaria una expresa previsión legal. Otro referente histórico de la idea de aplicación inmediata de los derechos fundamentales en el contrato de trabajo, se dio cuando fue

anulada la cláusula contractual que autorizaba el despido de una enfermera que laboraba en un hospital privado al haber contraído matrimonio, según la sentencia del 5 de mayo de 1957, al considerarse vulnerado el derecho de maternidad, dignidad y libre desarrollo de su personalidad contemplado en el artículo 2.1.

En esos pronunciamientos del Tribunal Federal Laboral, en forma directa, se aplicaron preceptos de la Ley Federal de *Bonn* dentro de disputas laborales surgidas por las actuaciones particulares realizadas vulnerando los derechos subjetivos públicos de los trabajadores, particularmente, la no discriminación e igualdad de trato, intimidad y dignidad humana, los cuales habían sido descuidados o dejados de lado durante la focalización de las reivindicaciones sindicales en el proceso de constitucionalización de los derechos laborales. Como quedó anotado con anterioridad en dicho instrumento jurídico también aparecen consagrados como derechos fundamentales la libertad de creencia, conciencia y de confesión, prevista en el artículo 4. de opinión contemplada en el artículo 5; de asociación profesional regulada en el artículo 9 3. la inviolabilidad de la comunicación establecida en el artículo 10, entre otras

Después de establecido el origen germano de esa idea nacida en el ámbito laboral, como fuera explicado arriba, la misma llegó a ser aplicada también en el campo de las sucesiones y el derecho de familia así como en materia de responsabilidad civil, según Igno Von Münch, quien advierte que se trata de "uno de los descubrimientos jurídicos más interesantes de los tiempos modernos"⁵⁸. Siguiendo la orientación elaborada y plasmada en la jurisdicción laboral, más tarde, fue proclamada y recogida la tesis de la

⁵⁸ (1997 p 29)

extensión de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares dentro de la jurisprudencia constitucional, con el famoso caso *Luth*. El Tribunal Constitucional Federal Alemán dispuso que estaban amparados por la libertad de expresión los llamados efectuados por *Erich Luth* para boicotear la película de *Veit Harlan*, cineasta que había trabajado con los nazis, anulando consecuentemente la sentencia de la justicia ordinaria que lo había condenado al pago de una indemnización por haberse violado disposiciones legales, según el fallo del 15 de enero de 1958⁵⁹

La parte medular de la emblemática sentencia es reproducida en la compilación de Jürgen Schwabe, cuyo extracto refleja interesantes declaraciones acordes con la propuesta de *Nipperdey*, tal como se destaca a continuación

" existe una discusión respecto a la tesis de que los derechos fundamentales se dirigen exclusivamente en contra del Estado, y de la otra, en la idea de que los derechos fundamentales –al menos, alguno de ellos y en todo caso los más importantes–, son válidos también en el tráfico jurídico privado y frente a cualquier persona. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal existente hasta ahora no ha podido tomar partido por ninguna de estas dos posiciones extremas, las consecuencias que el Tribunal Laboral Federal en su sentencia del 10 de mayo de 1957 –N/W 1957, p 1688– extrae de la sentencia del Tribunal Constitucional Federal del 17 y 23 de enero de 1958 a ese respecto, van muy lejos. El presente caso no ofrece razones para dirimir

⁵⁹ BVerfGE 198 (1958) Los hechos que motivaron esta celebre sentencia fueron los siguientes: *Veit Harlan*, un conocido director de cine que durante el régimen nazi, había dirigido películas antisemitas –absuelto de la acusación de haber participado en los crímenes nazis– dirigió en 1950, una película denominada *Immortal Lover* (Amante Inmortal), que provocó la indignación de *Erich Luth*, un informador de Hamburgo perteneciente a un grupo que pretendía reparar las heridas que la guerra había abierto entre judíos y cristianos. *Luth* instó a su audiencia a boicotear la película, lo que condujo a que le impusieran una condena por violación del artículo 826 del Código Civil, que establecía "Quien voluntariamente cause daño a otra persona de forma ofensiva hacia las buenas costumbres está obligado a compensarla por el daño causado". Una vez agotadas las vías que le proporcionaba la jurisdicción ordinaria, *Luth* recurrió al Tribunal Constitucional Federal.

plenamente el discutido asunto del efecto de los derechos fundamentales frente a terceros” Añade que “la dignidad del ser humano y el libre desarrollo de la personalidad forman el núcleo de este sistema de valores, el cual constituye, a su vez, una decisión jurídico-constitucional fundamental, válida para todas las esferas del derecho, así, este sistema de valores aporta directivas e impulsos al Poder Legislativo, a la Administración y a la Judicatura” Por tanto, la autoridad expuso que “ se puede acudir al Tribunal Constitucional Federal, por la vía de un recurso de amparo, a fin de proteger dicha libertad como expresión directa de la personalidad humana en la sociedad, uno de los más supremos”⁶⁰

Así, se puso de manifiesto que los derechos fundamentales, más allá de su dimensión subjetiva de protección individual frente al Estado, desempeñan otra función que consiste en establecer un orden objetivo de valores dentro de los sistemas jurídicos democráticos, habida cuenta que estos derechos operan en el contexto de las relaciones jurídicas entre particulares inclusive. Entonces, al extender la validez de los derechos fundamentales en el tráfico privado, se produjo una especie de abandono de la eficacia vertical de estos derechos que estaba reducida a las relaciones entre el individuo y el Estado que son reguladas por el derecho público.

En cuanto a las posiciones de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales, terminología que suele ser utilizada frecuentemente, es posible adelantar que los tribunales alemanes la acogieron admitiendo su modalidad inmediata o directa y, con el tiempo, la referida tesis llegó a ser matizada por la modalidad mediata o indirecta, lo que

⁶⁰ (2009 pp 202-207)

implicaría el escrutinio judicial de los actos procedentes de los poderes públicos solamente.

En la paradigmática sentencia fue exaltada de modo particular la libertad de expresión, que junto a la libertad de conciencia, de pensamiento y garantías procesales, constituyen los primeros derechos fundamentales de tipo personal reconocidos en el incipiente constitucionalismo como resultado de la construcción doctrinal proveniente de la realidad social o, mejor dicho, nacida de una concreta situación fáctica. A diferencia de los derechos laborales o sociales conquistados por el movimiento obrero en el contexto de la revolución industrial, como es sabido, estos derechos constitucionales cuyo ámbito de aplicación se extienden a la esfera de relaciones entre particulares fueron bautizados por la doctrina española como derechos fundamentales inespecíficos.

El problema abordado con especial atención por la doctrina y jurisprudencia alemana, denominado *Drittwirkung del Grundrechte* (eficacia frente a terceros de los derechos fundamentales), proveniente de la aplicación de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares o en el ámbito privado, según Antonio Pérez Luño, ha sido objetado porque “esta tesis es fruto de una relación lógica incorrecta, que desconoce la auténtica naturaleza de los derechos fundamentales. ya que se entiende que tales derechos son derechos públicos subjetivos destinados a regular las relaciones de subordinación entre el Estado y sus súbditos, pero que no pueden proyectarse ‘lógicamente’ a la esfera de las relaciones privadas presididas por el principio de coordinación. Desde esta óptica se conciben los derechos fundamentales como preceptos normativos surgidos para tutelar a los ciudadanos de la omnipotencia del Estado, pero que no tienen razón de ser en las

relaciones entre sujetos del mismo rango donde se desarrollan las relaciones entre particulares”⁶¹.

Se observa que ha sido clara la repercusión del principio de la *Drittwirkung* en el plano del reconocimiento jurídico de los derechos sociales, por lo que esos derechos fundamentales no garantizan sólo la libertad del individuo frente al poder público, sino que contienen principios ordenadores de la vida social que tienen también relevancia inmediata en las relaciones jurídicas privadas. Además, no es posible resolver el problema de la incidencia en el derecho privado con un sentido uniforme, puesto que la solución depende de la técnica formulada en cada sistema constitucional.

Conforme esa corriente los derechos fundamentales no limitan su esfera de aplicación a las relaciones entre el Estado y los particulares, sino que pueden dar lugar a preceptos jurídicos aplicables en el seno de las relaciones entre personas privadas, siendo necesario establecer un equilibrio entre situaciones marcadamente desiguales.

Luego de la breve descripción de la *Drittwirkung der Grundrechte*, fundamentando y delineando la cuestión sobre validez y garantías de esos derechos, Antonio Martín Valverde expone que “no resulta extraño que esta teoría, cuyo debate puede considerarse cerrado en sentido favorable a su admisión, haya adquirido especial predicamento en una rama del Derecho, como es la del Derecho del Trabajo, construida sobre la hipótesis de la desigualdad de poder entre las partes, y sobre la consiguiente necesidad de compensar dicha desigualdad a través de muy diversos mecanismos institucionales”⁶².

⁶¹ (1995 p 93)

⁶² (1983 p 129)

En igual sentido, después de establecidos los motivos que la justifican en la esfera laboral, Joaquín García Murcia confirma que “no ha de extrañar, por esas razones y otras de similar orientación, que la doctrina de la *Drittwirkung* de los derechos fundamentales haya tenido su origen y sus principales manifestaciones en el ámbito de las relaciones de trabajo. En efecto, es una doctrina elaborada en gran medida a propósito de una serie de conocidas sentencias del Tribunal Federal de Trabajo *Bundesarbeitsgericht* (BAG), decidido partidario de la aplicación inmediata de los derechos fundamentales a las relaciones privadas, en particular las relaciones de trabajo, sin perjuicio de que esta tesis haya sido matizada por el Tribunal Constitucional Federal o *Bundesverfassungsgericht* (BVG), más proclive a otorgar eficacia mediata a los derechos fundamentales en ese terreno”⁶³

También Juan Bilbao Ubillos recuerda que esta teoría “tuvo su elaboración y primeras aplicaciones jurisprudenciales en los tribunales laborales alemanes, al margen de la regulación de la competencia del Tribunal Constitucional Federal, bajo la propuesta de *Nipperdey* un jurista práctico, profesor y magistrado, encontrando más resistencias en los círculos académicos que entre los aplicadores del Derecho”⁶⁴

Recordado el campo donde tuvo sus comienzos esta doctrina, bajo definidos enfoques filosóficos, recientemente otros autores se han referido a esta interesante y actual problemática jurídica al estudiar sus variadas contradicciones, dimensiones y funciones, cuyos contenidos registran una sólida carga ideológica. Así, bien precisa Alexei Julio Estrada que, en el primer caso reseñado, se halla el verdadero origen histórico de la

⁶³ (1994 p 86)

⁶⁴ (1997 pp 82-851)

Drittwirkung Der Grundrechte, es decir, la debatida cuestión del efecto directo de los derechos fundamentales hacia terceros, problemática derivada de la apatía del legislador en el desarrollo del mandato constitucional, lo cual marcó “un hito revolucionario en la doctrina jurídica tanto del derecho privado como del derecho público”⁶⁵

Sin identificar los casos ya mencionados, Tomás de Domingo ratifica que “el problema de la *Drittwirkung* tuvo su génesis en la jurisprudencia del Tribunal Laboral Federal alemán donde fueron asumidas y plasmadas las ideas de *Nipperdey*, máximo impulsor de la eficacia inmediata de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares, cuando analiza y compara las formas relacionadas con la aplicación de este complejo asunto”⁶⁶

En términos generales, Gregorio Peces-Barba Martínez asevera que este problema tuvo “la influencia de la cultura jurídica alemana, a partir de la Escuela del Derecho Público, que organizó jurídicamente a los derechos fundamentales como derechos subjetivos”⁶⁷, precisando desde un punto de vista metodológico que el mismo encierra dos cuestiones distintas, validez y eficacia, con lo cual estoy de acuerdo⁶⁸

⁶⁵ (2001 p 95)

⁶⁶ (2002 p 254)

⁶⁷ (2004 pp 333-334)

⁶⁸ Es claro que no debe ser mezclada la doble vertiente que presenta la problemática del efecto de derechos fundamentales frente a terceros, puesto que una alude al reconocimiento y campo de aplicación de esta categoría de derechos que determina los sujetos titulares, contenido y relaciones donde tienen cabida los mismos, y la otra se refiere a los mecanismos que son operados para el ejercicio de los derechos públicos subjetivos dotados de alta dosis axiológica, lo que equivale a decir la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales. Efectivamente, Gregorio Peces-Barba Martínez explica que la extensión de los derechos fundamentales en las relaciones de Derecho privado no es un problema de eficacia sino de validez. Se trata en efecto del ámbito de validez personal de los derechos de los titulares de los mismos y de la validez material, es decir, de las relaciones jurídicas a las que se aplican. No se debe hablar tanto de eficacia frente a terceros, lo que no es correcto, sino de ámbito de validez de los derechos fundamentales extendido a todas las relaciones jurídicas. La confusión se ha producido porque se ha identificado un problema de validez, extensión de los derechos al conjunto del Ordenamiento frente a la tesis de que no son aplicables en el ámbito del Derecho privado, con un problema de eficacia, de carácter procesal, como es la utilización del recurso de amparo para proteger los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares, vinculado, a su vez, a otro de carácter previo y más general sobre la idoneidad de un recurso ante el Tribunal constitucional para garantizar los derechos fundamentales. En este caso se pueden distinguir claramente los dos temas, validez y eficacia, y una posición realista que los identifique es poco convincente” (ibíd p 334). En tal sentido, tras la delimitación de la problemática acerca de la extensión de la eficacia de los derechos fundamentales a las relaciones de los ciudadanos entre sí, Alexei

No cabe duda que la teoría de la *Drittwirkung* de los derechos fundamentales fue ideada y concretada en la esfera laboral, producto del aporte de su doctrina científica adoptado en los tribunales de trabajo, y luego recogida por la justicia constitucional como han señalado los prestigiosos autores citados.

Se impuso la eficacia *inter privatos* de los derechos fundamentales debido a la aparición de los nuevos centros de poder privado, concentrado en las fábricas o en las organizaciones productivas, donde también se originaban actuaciones lesivas o contrarias a esos derechos y su establecimiento condujo a la fijación de límites o frenos al igual que cuando fueron reconocidos como instrumentos de defensa frente a la omnipotencia estatal, ampliando su radio de acción y cobertura. En esa época se propuso -y todavía se sostiene- que los derechos fundamentales fuesen reconocidos en las relaciones jurídicas donde no figura el Estado, como sujeto obligado, aun cuando no exista un desarrollo legislativo de tales derechos, teniendo que ser aplicados directamente por el juez. Así, los derechos fundamentales serían oponibles también a los sujetos privados que ejercen poderes social y económico como los empresarios y, por ende, no sólo se reconocerían ante el poder político.

Tal como se expuso la *Drittwirkung Der Grundrechte* que planteaba el reconocimiento de los derechos fundamentales en el tráfico jurídico privado, bajo el esquema de la

Julio Estrada también distingue la cuestión procesal que envuelve la posibilidad de hacer exigibles judicialmente tales derechos debido a la dimensión de su vertiente subjetiva cuando enfatiza que resulta necesaria una redefinición de las relaciones entre los tribunales ordinarios y la jurisdicción constitucional”(2001 pp 167-214) Al respecto Juan Bilbao Ubillos expuso que “el ámbito y alcance de los derechos fundamentales que es, en rigor, la cuestión de la *Drittwirkung* es el punto que puede y debe separarse de la competencia de los órganos juzgadores de sus violaciones”, y acaba señalando que no es lo mismo “el ámbito subjetivo de aplicación de un derecho y los medios técnicos que se arbitran para protegerlo, esto es, las técnicas articuladas para la protección de un derecho son una cuestión adjetiva, formal, que presupone configuración inequívoca del derecho protegido, mientras que la determinación del círculo de sujetos dentro del que es efectivo un derecho forma parte de la operación de configuración del propio derecho, y es independiente de los medios de tutela”(1997 pp 78-79) Ambas cuestiones, de construcción y de protección, tienen estrecha conexión o están entrelazadas puesto que no pueden ser consideradas una sin la otra como fue advertido previamente

aplicación directa inicialmente, dio lugar al resquebrajamiento de la concepción tradicional del constitucionalismo liberal que contemplaba esos derechos como medios de defensa frente al poder del Estado y otorgaba a las relaciones jurídicas habidas con los súbditos una eficacia vertical. Esa etapa del constitucionalismo descansaba en una ideología burguesa y tuvo como signos de identidad conforme Ángel Garrorena Morales en tres dimensiones concretas, a saber. “(i) la autonomía de la sociedad que estaba reflejada por la ausencia de intervención estatal, (ii) la utilización del derecho como técnica adecuada para asegurar dicha autonomía bajo el esquema que gobiernan las leyes y no los hombres, (iii) y el gobierno representativo que constituye la organización de la sociedad y el acceso a sus instituciones”⁶⁹

Vale la pena subrayar que la teoría de los efectos frente a terceros de los derechos fundamentales fue alumbrada dentro del constitucionalismo social que empezó en Europa con la Constitución de *Weimar* de 1919, vigente hasta 1933, período caracterizado por “la transformación de la sociedad hacia un modelo más justo mediante la construcción del estado social de derecho y la economía de mercado, donde se abandona la concepción abstencionista del Estado por una visión intervencionista, por la ampliación de los derechos reconocidos en los textos constitucionales orientado hacia la creación del bienestar de los ciudadanos, y, obviamente, por la imposición de la democracia directa tras la crisis de la democracia representativa”⁷⁰ como afirma el autor antes citado

Tales eventos se convirtieron en el antecedente del constitucionalismo normativo aparecido al final de la segunda guerra mundial, con leyes fundamentales como la

⁶⁹ (2011 p 48)

⁷⁰ (ibid pp 63-71)

francesa de 1946, la italiana de 1947, y la alemana de 1949, las cuales introdujeron enunciados de principio como la justicia, dignidad, pluralismo, etc., y adoptaron dispositivos de aplicación directa de la normativa constitucional, lo que supuso su eficacia inmediata o vigor sin desarrollo legal posterior

De la doctrina sobre efectos frente a terceros de los derechos fundamentales derivan tres cuestiones cardinales que están recíprocamente relacionados, a saber. 1 La validez que tienen esos derechos en todos los ámbitos jurídicos, implica el deber del Estado de asegurarlos en todo el sistema normativo, dando lugar a la problemática teórica, 2 La interpretación y aplicación de los derechos fundamentales, tarea de los jueces, siempre debe tomar en cuenta su orden valorativo o carácter axiológico, y 3 La tutela judicial de esos derechos determina la efectividad de los mismos, mediante mecanismos procesales idóneos o por medio de una adecuada protección judicial, derivando la parte práctica Enseguida una corta mención sobre cada uno de estos elementos que permiten una aproximación conceptual de esta seductora doctrina judicial

En cuanto a la extensión de la validez de los derechos fundamentales, entendidos como derechos públicos subjetivos esgrimibles más allá de la órbita del poder público, plantea que ellos se vienen irradiando hacia todos los campos del ordenamiento jurídico Así, cualquier controversia entre individuos, como son los trabajadores y empresarios, requiere una solución basada en la esencia de los derechos fundamentales echando mano de pautas directrices que establezcan su equilibrio o convivencia Finalmente, la eficacia de los derechos fundamentales que está condicionada a la existencia de cauces

específicos, dentro de la jurisdicción laboral, llegando a ser complementada con procedimientos de la justicia constitucional.

Entonces, lo que procede es determinar cuál es la concreta eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares, si es directa o indirecta, siendo necesario tener en cuenta la diversidad de las posiciones jurídicas en las que pueden encontrarse los particulares en el seno de dichas relaciones y consecuentemente la difuminación tanto de la vigencia de la autonomía privada como de la tradicional distinción entre derecho público y derecho privado, tal como se dijera algún tiempo atrás

1.3 *Posiciones acerca de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales*

De acuerdo con lo anotado existen varias posiciones acerca de la concreción de la doctrina de la *Drittwirkung Der Grundrechte*, cuya zona privilegiada de aplicación se halla en las relaciones laborales, las cuales han sido elaboradas ante el cuestionamiento de la eficacia vertical de los derechos fundamentales

Sin duda alguna, la primera inclinación doctrinal es aquella que negaría la extensión de los derechos fundamentales al contrato de trabajo y al resto de las relaciones *inter privatos*, reservando su validez y eficacia a las relaciones jurídicas regidas por el derecho público. Así, los derechos fundamentales solamente tendrían eficacia vertical o lineal. Como es obvio, rechazándose la eficacia horizontal de esos derechos. Según esta concepción los derechos fundamentales tienen la función de proteger al individuo frente al poder público, sirviendo como armas o mecanismos de defensa ante los abusos y

actuaciones de los órganos del Estado, lo cual mantendría el ámbito tradicional de aplicación de estos derechos constitucionales.

En las relaciones verticales el sujeto vinculado es el Estado, siendo el único obligado a respetar y resguardar los derechos subjetivos de los individuos, no sólo por ese contenido esencial sino porque ellos conforman el sistema de valores que informa todo el ordenamiento jurídico adoptado con antelación, por lo cual ese deber es positivo obviamente. Por tanto, los derechos fundamentales de las personas no deben ser menoscabados por los poderes públicos y mucho menos por los particulares que no tienen el deber de protegerlos, lo cual supone desconocer la eficacia horizontal de estos derechos cuya vigencia no admite discusión en la actualidad.

La tesis de la eficacia horizontal de los derechos humanos que invade la esfera privada, se contrapuso a la eficacia vertical de las libertades públicas, ampliando su ámbito de validez más allá de la clásica defensa frente al poder público, y siendo la frase que mayormente es empleada en la doctrina. Sin embargo, esa expresión parece inexacta, a juicio de Juan Bilbao Ubillos, por cuanto "quien está sometido a una autoridad privada no se encuentra precisamente en un plano horizontal"⁷¹

El argumento de peso contra la eficacia horizontal de los derechos fundamentales, como se sostuvo, descansaría en el respeto de la autonomía de los individuos en las relaciones con otros sujetos privados reguladas por un ordenamiento distinto del reservado a las relaciones entre los ciudadanos y el Estado. Por ello, el texto constitucional no tiene ningún papel en la regulación de esas relaciones jurídicas y, por tanto, se destruiría el

⁷¹ (1997 p 244)

principio de libertad contractual basado en la autonomía de la voluntad de las partes. Esa eficacia horizontal puede instrumentalizarse por dos vías, una directa y la otra indirecta, las cuales serán descritas abajo.

La eficacia inmediata de los derechos fundamentales, permitiría a los individuos invocar directamente ante los órganos jurisdiccionales aquellos derechos públicos subjetivos que fueron lesionados por otro particular, otorgándoles todo su valor y fuerza, sin que sea necesario que el legislador haya establecido una regulación atribuyéndole una determinada posición jurídica, que ya tendría reconocida en la propia norma constitucional. En otras palabras, con esta posición se propugnaría por la aplicación directa de esos derechos en la esfera privada, vinculando a los sujetos de esas relaciones jurídicas, donde uno de ellos ejercería un poder social o económico reconocido por el ordenamiento o el sistema normativo y que actuaría como freno de aquellos derechos. Se parte del hecho que los derechos públicos subjetivos irrumpen las relaciones privadas y no quedan circunscritos al ámbito de los poderes públicos.

Tras los destacados aportes de *Nipperdey*, inspirado en las formulaciones de la Ley Fundamental de *Bonn*, como es sabido, su tesis fue concretada inicialmente en los pronunciamientos del Tribunal Federal de Trabajo alemán. Esa modalidad es conocida también como eficacia directa de los derechos constitucionales, lo que equivale a la expresión *unmittelbare Drittwirkung*. Según esta postura es posible que los ciudadanos invoquen y exijan el reconocimiento de los derechos fundamentales, aunque no tenga desarrollo legal, cuando se hayan violado los mismos con actos emanados de las relaciones jurídicas entre particulares y, en mayor medida, en las relaciones laborales. En

consecuencia, sería posible ante la justicia especializada u ordinaria resolver conflictos entre los trabajadores y empresarios que tengan como base cualquier derecho fundamental de tipo personal, sin necesidad de acudir a los mecanismos exclusivos de la jurisdicción constitucional, dado que ellos pueden hacerse valer aunque no exista desarrollo legislativo para tales derechos

En apoyo de la extensión material de los derechos humanos al derecho privado y de esta singular forma de aplicarla, según Ana Poyal Costa, se han expuesto dos argumentos básicos "el primero, lo que le está prohibido al Estado, no debe estar permitido a los particulares, siendo cuestionado porque a los individuos les está permitido lo que la Ley no les prohíbe y los órganos del Estado sólo pueden actuar en el sentido que la Ley les marca El segundo, si la razón de proyectar los derechos humanos al Estado consiste en el riesgo que implica su poder, actualmente los poderes económicos y sociales también presionan y amenazan al individuo, y sería apropiado establecer defensas en las relaciones jurídico-privadas contra la excesiva preeminencia de alguna de las partes"⁷²

También esta posición teórica, ha sido cuestionada y rechazada, porque desvirtúa el principio de la autonomía de la voluntad, postulado rector del Derecho Privado, y porque convierte al juzgador ordinario en juez de los derechos fundamentales

Ante las limitaciones que impondría la autonomía privada, por el contrario, se conferiría eficacia mediata o indirecta a los derechos fundamentales a través de las proposiciones jurídicas subjetivas que el legislador hubiera atribuido a las relaciones privadas, dentro de la regulación desarrollada por razón del poder público, tomando en cuenta la dimensión

⁷² (1991 p 200)

objetiva de esos derechos conforme el mandato supremo. Es decir, la eficacia mediata reconocería la vinculación de los derechos fundamentales en el campo de las relaciones entre particulares sólo cuando exista la mediación del legislador o la intervención del juez, principales sujetos obligados a protegerlos dentro del sistema normativo, implicando ello que no podrían ser invocados directamente. Se considera que el derecho privado, proyectado sobre la esfera jurídica de otra persona, está desarrollado en el orden estatal previamente mediante el sistema de mandatos y prohibiciones. Así las cosas, la eficacia mediata o indirecta se reduciría al reconocimiento de derechos legales y no alcanzaría los derechos fundamentales o derechos humanos constitucionalizados.

Esta variante de la teoría de la *Drittwirkung* fue acogida por el Tribunal Constitucional Federal alemán, con la célebre sentencia del caso *Luth*, donde fue aplicado el derecho constitucional en las relaciones privadas y se impuso la supremacía de ese ordenamiento y particularmente la reconocida libertad de expresión. Suele emplearse la terminología eficacia indirecta que corresponde a la frase *mittelbare Drittwirkung*.

La eficacia horizontal indirecta de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares, a diferencia de la anterior, aseguraría la vigencia del principio de autonomía de la voluntad y remarcaría los límites entre ilegalidad e inconstitucionalidad de las normas, consolidando la competencia de la jurisdicción constitucional, tal como viene precisando la dogmática. Sobre este último aspecto, la recién citada autora expuso que

esta posición admite "un margen amplio de actuación del Tribunal Constitucional, reconociendo un camino abierto a criterios no exclusivamente jurídicos"⁷³

No obstante, ser considerada la solución correcta desde una perspectiva dogmática, la debilidad de esta corriente es la dificultad de alcanzar el equilibrio que persigue ante el dilema de la aplicación de los derechos fundamentales en las relaciones privadas que están reguladas por el ordenamiento jurídico creado por el legislador influenciado con aquella idea de protección de esos derechos, en cuyas manos está su desarrollo y concreción, debido al esquema del régimen democrático donde el juzgador está sometido al estricto cumplimiento de la Ley

En torno a este punto específico, tras señalar que la vigencia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares depende de su contenido y no de su eficacia o protección procesal, Juan Solozábal Echavarría puso de manifiesto que "la doctrina alemana, en cuyo ámbito se presentó esta problemática y a quien corresponde la teorización más rica al respecto, prefiere reconocer en los derechos fundamentales en los que quepa una eficacia frente a terceros de los mismos, pero no de modo inmediato, por lo general, sino a través del desarrollo de los mismos, mediante la *interpositio legislatoris* Regirían los derechos fundamentales, asimismo, en el ordenamiento privado como consecuencia de las cláusulas generales que deberían ser interpretadas por el juez de acuerdo con los derechos fundamentales"⁷⁴ Entonces, la eficacia mediata le atribuye una vigencia condicionada que alcanza hasta tanto donde su afirmación no perjudique a

⁷³ (ibid p 204)

⁷⁴ (1991 p 93)

la autonomía negocial de las partes a considerar verdadero principio esencial del mundo de las relaciones privadas

En definitiva, el grado de eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones jurídicas entre particulares ha sido objeto de variadas consideraciones y opiniones como fue anotado con anterioridad. Se advierte que algunos se inclinan por la eficacia mediata, mientras que otros prefieren la eficacia inmediata, según esos derechos afecten relaciones jurídicas en el ámbito público o en el ámbito privado. La influencia e intensidad de los derechos fundamentales en las relaciones jurídicas, entonces, no solo depende del ordenamiento jurídico que le resulta aplicable sino del contenido que se irradia a tales relaciones.

La problemática de la *Drittwirkung der Grundrechte*, surgida de la crisis del constitucionalismo clásico, de acuerdo con Pedro De Vega García buscaría abrir " una vía razonable para asentar el constitucionalismo de la igualdad"⁷⁵, a partir de dos esquemas concretos que tendrían una relevancia y un alcance político que trascendería los límites de la estricta discusión jurídica. Ese reconocimiento ocurrido en el plano jurisprudencial, obviamente, se dio sin negar el constitucionalismo de la libertad. Por su parte, Juan Bilbao Ubillos, quien se inclina por la tesis de la eficacia inmediata de la mayor parte de los derechos fundamentales, indica que si bien "la discusión acerca de la eficacia vinculante de los derechos fundamentales en las relaciones jurídico-privadas está estrechamente relacionada con el modo de entender la Constitución normativa y el orden constitucional", y además advierte que " las versiones 'templadas' de la eficacia

⁷⁵ (1992 p. 425)

mediata a su juicio no ofrecen una respuesta satisfactoria al problema de la protección de la libertad contra los particulares"⁷⁶. Luego de explicadas las opciones que se han barajado en la doctrina y jurisprudencia extranjera, en cuanto a la eficacia de los derechos fundamentales frente a terceros, siguiendo a Francisco J Bastidas Freijedo, se concluye que el vigor que llegarían a ponerse de manifiesto concretamente " dependerá de cada derecho y de cada relación"⁷⁷, por lo que serán diversas las soluciones acerca de este asunto

Relacionado a esto último interesa revisar las orientaciones brindadas por la experiencia española, donde fue recibida y consolidada la teoría de la eficacia de los derechos fundamentales en la esfera privada, sin perjuicio del estudio de la jurisprudencia portuguesa y francesa que también la adoptaron en su sistema normativo Toca observar que a raíz de su ingreso en la Constitución Española de 1978, se ha producido un debate profundo en el terreno jurisprudencial, manteniéndose viva esta interesante polémica – derivada de la aparición de nuevos centros de poder privado que también asediarán al individuo- dentro de ese ordenamiento jurídico al igual que su variada forma de aplicación como es sabido

El Tribunal Constitucional Español intenta aclarar la diferencia existente sobre el alcance de los derechos fundamentales en el ámbito laboral y la relacionada con su tutela judicial, en la Sentencia 78/1982 del 20 de diciembre, y puntualiza sobre la última cuestión que *'el objeto del recurso –de amparo- es la sentencia impugnada, por lo que hemos de decidir sobre su constitucionalidad, y no sobre la validez o nulidad de la actuación de la*

⁷⁶ (1997 pp 256-257/270)

⁷⁷ (2004 p 193)

empresa como pretende el recurrente” También agrega que dentro del proceso laboral “se ha discutido y decidido única y exclusivamente acerca del derecho del actor a ejercitar sus funciones de representante de los trabajadores, por lo que la sentencia aquí impugnada únicamente habrá podido vulnerar de modo directo e inmediato el art 28 1 de la Constitución en cuanto revoca la sentencia de Magistratura que declaró el derecho del actor a ejercitar tales funciones” No obstante, se logra el propósito aclaratorio con la Sentencia 55/83 del 22 de junio donde se dio plena acogida a la doctrina de la asunción judicial, al establecer que “cuando se ha pretendido judicialmente la corrección de los efectos de una lesión de tales derechos y la sentencia no ha entrado a conocerla es la sentencia la que entonces vulnera el derecho fundamental en cuestión”. Debe recordarse que la teoría de la asunción judicial implica que los jueces y tribunales ordinarios deben proteger los derechos fundamentales frente a las posibles violaciones que puedan ser cometidas por los sujetos privados inclusive

Con mayor nitidez en la Sentencia 18/1984 del 7 de febrero, cuando se refiere al segundo aspecto espinoso por cierto, dicho Tribunal Constitucional expuso con relación al recurso de amparo que *“no debe interpretarse en el sentido de que sólo sea titular de los derechos fundamentales y libertades públicas en relación con los poderes públicos, dado que en un Estado Social de Derecho como el que consagra el artículo 1 de la Constitución no puede sostenerse con carácter general que el titular de tales derechos no lo sea en la vida social , lo que sucede, de una parte, es que existen derechos que sólo se tienen frente a los poderes públicos (como los del artículo 24) y, de otra, que la sujeción de los poderes públicos a la Constitución (artículo 9 1) se traduce en un deber*

positivo de dar efectividad a tales derechos en cuanto a su vigencia en la vida social, deber que afecta al legislador, al ejecutivo y a los jueces y tribunales, en el ámbito de sus funciones respectivas. De donde resulta que el recurso de amparo se configura como remedio subsidiario de protección de los derechos y libertades fundamentales cuando los poderes públicos han violado ese deber” Se sugiere la vía directa de eficacia de los derechos fundamentales

De acuerdo con la Sentencia 88/1985 del 19 de julio el alto Tribunal sostuvo que *“la celebración de un contrato de trabajo no implica en modo alguno la privación para una de las partes, el trabajador, de los derechos que la Constitución le reconoce como ciudadano , y cuya protección queda garantizada frente a eventuales lesiones mediante el impulso de los oportunos medios de protección, pues ni las organizaciones empresariales forman mundos separados y estancos del resto de la sociedad ni la libertad de empresa legitima el que quienes prestan servicios en aquellas por cuenta y bajo la dependencia de sus titulares deban soportar despojos transitorios o limitaciones injustificadas de sus derechos fundamentales y libertades públicas, que tienen un valor central y nuclear en el sistema constitucional”*

Al respecto en Sentencia 6/88 del 21 de enero, el Tribunal Constitucional declaró que *“las categorías que ordenan el recto desenvolvimiento de las relaciones contractuales – la de lealtad, confianza y buena fe- pueden ser objeto de examen por este Tribunal –y no sólo por los órganos judiciales ordinarios, inicialmente llamados a su interpretación-, cuando tales nociones sirven para delimitar, en el proceso, el ámbito que corresponde a*

un derecho fundamental" Se aprecia aquí el modo indirecto de la eficacia frente a terceros de los derechos fundamentales.

De forma expresa, sobre la forma de aplicación de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales en la sentencia 177/88 del 10 de octubre, el Tribunal Constitucional dijo que " *en el ámbito de las relaciones privadas los derechos fundamentales han de aplicarse matizadamente, pues han de hacerse compatibles con otros valores o parámetros que tienen su último origen en el principio de autonomía de la voluntad, y que se manifiestan a través de los derechos y deberes que nacen de la relación contractual creada por las partes o de la correspondiente situación jurídica*" No cabe duda que este criterio fue extendido al terreno de las relaciones laborales

Para Abdón Pedrajas Moreno "la admisión de la eficacia inmediata de la *Drittwirkung* conllevaba una correlativa aceptación de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales, pero la restricción posterior, reconociendo sólo la eficacia mediata, supuso el acogimiento de una vía intermedia, que se enlaza de forma clara, con la tesis admitidas entre nosotros de la imputación a los órganos jurisdiccionales de la violación de derechos fundamentales por omisión o deficiente protección de los mismos"⁷⁸

Sin que se hiciera mención a sus antecedentes históricos, debido a que se analizaba el ordenamiento jurídico positivo incluido el laboral, Javier Jiménez Campo recalcó que "una buena parte de la doctrina académica y, desde el principio, el Tribunal Constitucional vienen manejando la idea de aplicabilidad y justiciabilidad mediatas como rasgos distintivos de los derechos fundamentales respecto a otro tipo de enunciados

⁷⁸ (1992 pp 27-28)

(normas programáticas, mandatos al legislador, etc.) de la Constitución. los derechos fundamentales y libertades públicas reconocidos en la Constitución son de aplicación directa, sin que sea necesario para su efectividad un desarrollo legislativo"⁷⁹.

Por su parte, al explicar el alcance de los derechos ciudadanos en la esfera privada, Fernando Valdés Dal-Ré subraya que "abierto por la jurisprudencia constitucional el camino hacia la aplicación de la *Drittwirkung*, los jueces y tribunales laborales, pese a las notorias omisiones legales, no han dudado en tutelar los derechos de la persona del trabajador en el ámbito del contrato de trabajo, acogiendo, sin recelo alguno, la tesis de la eficacia pluridireccional de tales derechos, configurándoles, en suma, como derechos subjetivos constitucionales plenos, no necesitados de *interpositio legislatoris* para su disfrute efectivo, ejercitables frente al empresario y, como tales, susceptibles de fundamentar, a título de *causa petendi*, acciones laborales de tipo resarcitorio o de nulidad del comportamiento empresarial lesivo"⁸⁰

Finalmente, la necesidad de extender la aplicación de los derechos fundamentales a las relaciones entre sujetos privados, según Antonio Pérez Luño, es fruto de dos argumentos básicos que son "el primero, que opera en el plano teórico, es corolario de la exigencia lógica de partir de la coherencia interna del ordenamiento jurídico lo que constituye, al propio tiempo, una consecuencia del principio de seguridad. No admitir la eficacia de los derechos fundamentales en la esfera privada supondría reconocer una doble ética en el seno de la sociedad: la una aplicable a las relaciones entre el Estado y los particulares, la otra aplicable a las relaciones de los ciudadanos entre sí, que serían divergentes en su

⁷⁹ (1999 pp.21-22)

⁸⁰ (2003 p. 525)

propia esencia y en los valores que consagran, el segundo, obedece a un acuciante imperativo político del presente en una época en la que el poder público, secular amenaza potencial contra las libertades, le ha surgido la competencia de poderes económicos-sociales, en muchas ocasiones, más implacables que el propio Estado en la violación de los derechos fundamentales"⁸¹

Esa conclusión fue elaborada tras reconocer que la *Drittwirkung der Grundrechte* tuvo un limitado alcance durante la versión liberal del Estado de Derecho que estuvo apoyada en la tesis positivista, a diferencia del Estado social de Derecho que tiene como soporte la teoría de los valores considerada en la interpretación de los derechos fundamentales. Se plantea nada menos que la plena eficacia de los derechos fundamentales en el derecho privado como un problema concreto de interpretación y aplicación de tales derechos junto a la delimitación de su alcance o la determinación de su contenido esencial y limitaciones como anota la doctrina científica.

1.4. *Pieza clave del Estado Constitucional de Derecho*

Es innegable que el reconocimiento de los derechos públicos subjetivos y su extensión a las relaciones laborales, familiares o de consumo, las cuales son gobernadas por ordenamientos distintos al Derecho público, ha sido influenciado por la aparición del Estado, como organización política, y sus distintas formas de estructuración y composición caracterizada por la separación de los poderes estatales con lo cual se frena y/o sepulta el absolutismo monárquico, el predominio de las leyes sobre el poder político, social y económico, y el respeto de la dignidad humana. Por supuesto que esta afirmación

⁸¹ (Op Cit p 314)

tuvo cabida en el contexto de las relaciones jurídicas dominadas por el derecho administrativo mediante el cual se concreta el Derecho constitucional

Es oportuno recordar que el constitucionalismo liberal exaltaba la protección de individuo frente al poder público, lo que condujo a un excesivo individualismo en la configuración de los derechos fundamentales de los ciudadanos, dentro de las sociedades burguesas caracterizadas por la ausencia de intervención estatal en los asuntos de los particulares y el respeto absoluto de la propiedad privada y las libertades civiles y políticas de las personas. Así, los derechos fundamentales se concebían como auténticos límites del poder político. En esta primera etapa del constitucionalismo moderno, tanto la economía como el mercado de trabajo se movían por el libre juego de la oferta y demanda que no permitía la intervención estatal, lo cual incidía en las relaciones jurídico-laborales de esa época

Frente a los aprietos y dilemas del antiguo constitucionalismo se dio paso el constitucionalismo social, surgido de la decidida actividad del movimiento obrero, cuando se lanzó a la conquista de las libertades colectivas y las impuso por la fuerza a la clase dominante, hasta que obtuvo su reconocimiento en el orden jurídico, provocando que se ampliara el tema de los derechos fundamentales en cuanto a su contenido y campo de aplicación. Fue abandonada la concepción del Estado abstencionista y vino a ser reemplazada por la intervención estatal dentro de las relaciones jurídicas y económicas, lo que condujo al nacimiento del Estado de Bienestar que supone la ejecución de políticas sociales que aseguren el bien común de los ciudadanos, lo cual sobrevino sin abolir la protección de los derechos individuales. Dentro de esa época histórica florecieron los

denominados derechos económicos y sociales, primero en América y luego en el continente europeo, lo que vino a provocar no sólo la validez de los derechos fundamentales sino su eficacia vertical y, evidentemente, trajo consigo una dimensión distinta para tales derechos

El tránsito del Estado liberal de Derecho al Estado social, produjo el redimensionamiento de los derechos fundamentales y, consecuentemente, el establecimiento de una nueva funcionalidad de esos derechos. Por consiguiente, puede reafirmarse que los derechos fundamentales de la libertad pasaron a ser los derechos fundamentales de la igualdad

Ambos esquemas de organización política del Estado, trajeron beneficios y ciertos inconvenientes e hicieron posible que surgiera el llamado neoconstitucionalismo, entendido como la fórmula más acabada y justa de realización del Estado de Derecho, desde mediados del siglo pasado donde convergen los elementos básicos de dos tradiciones constitucionales o modos distintos de concebir la función de la ley fundamental. Tales elementos son el fuerte contenido normativo del texto supremo – heredado de la tradición francesa- que envuelve el establecimiento y acatamiento de las reglas de juego, más allá de la mera organización del poder, y la garantía jurisdiccional - proveniente de la tradición norteamericana- que expresa la desconfianza ante el legislador y se traduce en la fijación de límites frente a las decisiones mayoritarias para que se pueda ejercitar la soberanía popular como asevera la doctrina científica

Este modo de organización política corresponde al Estado Constitucional de Derecho, tan propagado en la actualidad, vino a superar los anteriores modelos jurídicos

El constitucionalismo contemporáneo o fuerte, a juicio de Luis Prieto Sanchíz, comprende los siguientes rasgos distintivos "el carácter normativo o fuerza vinculante de la Constitución, supone el abandono de aquella idea del catecismo político, la supremacía o superioridad jerárquica en el sistema de fuentes, en tanto que condiciona la validez de todos los demás componentes del orden jurídico y que representa frente a ellos un criterio de interpretación prioritario; su eficacia o aplicación directa, dado que no requiere de ningún acto jurídico para desplegar la fuerza de sus preceptos en cualquier proceso, la garantía judicial, concretado por el control abstracto previo y posterior de los órganos especiales o los jueces ordinarios, el denso contenido normativo que se destina a los ciudadanos en su relación con el poder y en sus relaciones sociales horizontales de Derecho privado, y la rigidez constitucional que hace más costosa la alteración de su texto"⁸² Según este autor el Estado constitucional de Derecho descrito reclama la construcción de una nueva teoría del derecho que se aleja de las tradicionales explicaciones y esquemas jurídicos

A tal efecto, el fenómeno del neoconstitucionalismo descansaría en la omnipotencia de la Constitución que contiene un conjunto de principios y valores objetivos, los cuales se impregnarían o irradiarían a todas las áreas jurídicas y a todos los conflictos mínimamente relevantes, erigiendo la ponderación como criterio interpretativo ante las antinomias o conflictos de derechos fundamentales. Por tanto, el reconocimiento de los derechos fundamentales vendría a convertirse en una pieza clave de esa nueva teoría del derecho, al igual que el control de la constitucionalidad que se cumple por medio del sistema difuso vigente en Norteamérica —donde esa función es realizada en todos los

⁸² (2009 pp 116-117)

órganos que integran el orden judicial- o a través del sistema concentrado donde la mencionada actividad está atribuida a un único órgano jurisdiccional.

Las anotaciones destacadas fueron expuestas, con otras palabras, por Luigi Ferrajoli cuando afirma que "la esencia del constitucionalismo y del garantismo, es decir, de aquello que he llamado 'democracia constitucional', reside precisamente en el conjunto de límites impuestos por las constituciones a todo poder, que postula en consecuencia una concepción de la democracia como sistema frágil y complejo de separación y equilibrio entre poderes, de límites de forma y de sustancia a su ejercicio, de garantías de los derechos fundamentales, de técnicas de control y de reparación contra sus violaciones" Y agrega que "un sistema en el cual la regla de la mayoría y la del mercado valen solamente para aquello que llama la esfera de los discrecional, circunscrita y condicionada por la esfera de lo que está limitado, constituida justamente por los derechos fundamentales de todos los derechos de libertad, que ninguna persona puede violar, y los derechos sociales –derecho a la salud, a la educación, a la seguridad social y a la subsistencia- que toda mayoría está obligada a satisfacer Es ésta la sustancia de la democracia constitucional – el pacto de convivencia basado sobre la igualdad en *droits*, el Estado social, más que liberal, de derecho- garantizada por las constituciones"⁸³

También reconoce que el futuro del constitucionalismo jurídico, y de la democracia, es un paradigma legado de la tradición estadounidense y francesa acaecida por las reivindicaciones de movimientos sociales frente a determinados acontecimientos como la persecución, discriminación u opresión de sujetos débiles. Al efecto, el citado autor dijo

⁸³ (2010 p 27)

que "la historia del constitucionalismo es la historia de un progresivo ensanchamiento de la esfera de los derechos: de los derechos de libertad en las primeras declaraciones de derechos y en las constituciones del siglo XIX, al derecho de huelga y a los derechos sociales en las constituciones del siglo pasado, hasta los nuevos derechos a la paz, al medio ambiente sano y a la información hoy reivindicados y aún no totalmente constitucionalizados. Una historia no teórica, sino social y política, dado que ninguno de estos derechos ha caído del cielo, sino que se trata de conquistas de movimientos revolucionarios: las grandes revoluciones liberales estadounidense y francesa, los movimientos del siglo XIX por los estatutos, las luchas obreras del siglo pasado y de este siglo"⁸⁴ Esa conquista y legado debe ser conservada no por el hecho de haber sido reconocida por el ordenamiento y régimen democrático de las sociedades contemporáneas, sino por las implicaciones positivas que trajo consigo a la filosofía y a la ciencia jurídica, buscando siempre el bien común de las personas.

La supremacía de la Constitución sobre el resto del ordenamiento jurídico, una de las peculiaridades del Estado constitucional de Derecho, merece una acotación adicional dado que sobre ella descansa todo el andamiaje del sistema normativo y porque suele ser confundida con la idea de la jerarquía de las normas legales. Cabe señalar que la Constitución es concebida como el conjunto de normas y principios que establecen las reglas fundamentales de convivencia y funcionamiento del Estado, desde una perspectiva formal, desprendiéndose la cualidad de dicha norma que está dotada de valor superior sobre cualquier otra fuente del derecho y la necesidad de diferenciarla del vocablo que alude al orden de prelación de las normas jurídicas.

⁸⁴ (Ibid p 36)

En ese sentido, se comparte la precisión del catedrático Ángel Garrorena Morales, cuando apunta que "la supremacía alude nada menos que a la condición misma de la Constitución como norma que funda o crea a la propia comunidad, mientras que la jerarquía hace referencia tan solo a su posición en el ordenamiento jurídico. Por eso, la jerarquía existe entre cada escalón normativo y el siguiente y, en cambio, la supremacía existe entre la Constitución y el resto del derecho, lo que equivale a decir entre la Constitución y el todo el orden de decisiones y autoridades que ese Derecho contempla"⁸⁵. Por tanto, la supremacía no es jerarquía, ya que se trata de expresiones que no deben ser equiparadas o asimiladas puesto que una deriva de la otra.

Se advierte que esta cualidad singular de los textos constitucionales, se proyecta hacia la propia producción de las normas del sistema jurídico, la fiscalización de la constitucionalidad o control de constitucionalidad, la interpretación del resto de las normas o de las otras fuentes del derecho, y, además, hacia su aplicación directa o inmediata por parte de los distintos órganos de la jurisdicción ante situaciones concretas que implican enfrentamientos de derechos fundamentales. Todo ello es cumplido ante los entes u organismos jurisdiccionales, creados al efecto, cuya misión es defender y resguardar las normas constitucionales de las actuaciones públicas o privadas que vengán a contrariarlas, al igual que expulsar del panorama jurídico las disposiciones inferiores – legales y reglamentarias- que llegan a colisionarlas y desconocerlas, irrespetando su sitial en el sistema normativo. Se trata de la justicia constitucional o de la jurisdicción de las libertades donde se brinda protección judicial, tanto a los derechos fundamentales como a las libertades ciudadanas, fuera de las otras competencias políticas.

⁸⁵ (2011 p. 85)

En resumén, el neoconstitucionalismo es concebido y entendido como un proceso histórico, el cual se vino a abrir paso en Europa y fue propagado al continente latinoamericano, fundamentalmente, cuando es cristalizada o reconocida ante la justicia constitucional la llamada eficacia horizontal de los derechos fundamentales que representa una pieza clave del Estado constitucional de Derecho. Este modelo ha sido precedido por el Estado social y está orientado a garantizar el respeto de esos derechos y otros valores constitucionales dentro del sistema jurídico, dando efectividad a todo el ordenamiento jurídico, el cual contempla el reconocimiento de las libertades y derechos humanos dentro de las normas constitucionales.

2. La vigencia de los derechos fundamentales de titularidad genérica en las empresas y centros de trabajo: “laboralización” de los derechos constitucionales en ordenamientos del continente europeo y latinoamericano:

El reconocimiento de los derechos constitucionales en las relaciones laborales o, mejor dicho, la tendencia de la laboralización de los derechos constitucionales, se vino a cristalizar en el continente europeo, trasladándose después a los sistemas jurídicos latinoamericanos, ya que no pudo soslayarse ni separarse más la condición de persona y ciudadano que tiene y ostenta el trabajador dentro de los centros y lugares de trabajo como indica la doctrina autorizada.

Es obvio, que se trata de un proceso inacabado y, a su vez, invertido con respecto al fenómeno de la constitucionalización de los derechos laborales, el cual ocurrió en América y en Europa, según se expuso en otra parte de esta investigación.

2.1 *Fundamentos del ingreso de los derechos constitucionales en la empresa*

Después de haberse precisado el origen y evolución de la *Drittwirkung der Grundrechte* en la jurisdicción laboral, cabe hacer una mención breve de la razón de ser de esta doctrina o tocar los factores y causas que han justificado el ingreso de los derechos constitucionales al interior de los centros de trabajo o empresas, lógicamente, desde una perspectiva sociológica y jurídica

La existencia de los poderes privados ejercidos por grupos de presión, grandes empresas o confesiones religiosas, los cuales abiertamente se ven reflejados en las relaciones jurídicas que se desarrollan entre particulares, implicando ello que el aparato estatal ya no acapara aquellas relaciones caracterizadas por la dominación y subordinación de uno sobre el otro como las relaciones donde interviene el Estado. Es decir, que éste ya no concentra o monopoliza el poder, sino que es repartido o diseminado en la sociedad actual

Juan Bilbao Ubillos, tomando en cuenta lo expuesto, sostiene que "la empresa, como organización económica, estructurada jerárquicamente, genera una situación de poder y, correlativamente, otra de subordinación. Los poderes del empresario (el poder de dirección y el disciplinario) constituyen, por tanto, una amenaza potencial para los derechos fundamentales del trabajador, dada la fuerte implicación de la persona de éste en la ejecución de la prestación laboral. Aunque estos poderes, que tienen fundamento constitucional, no son, obvio es decirlo, intrínsecamente perversos, es evidente que la lógica empresarial, la lógica del beneficio, puede limitar o condicionar el ejercicio de estos derechos". Así, las relaciones laborales representan el terreno fértil de la teoría de

los efectos frente a terceros de los derechos fundamentales, habida cuenta que "el centro de trabajo ha dejado de ser una zona franca en la que el empresario ejercía una autoridad absoluta, indiscutida, con la consiguiente escisión entre el status general del ciudadano y el status de trabajador subordinado. Poco a poco la Constitución y los derechos fundamentales del trabajador, *uti cives*, se han abierto paso y han entrado en el interior de las fábricas"⁸⁶

El fenómeno de reivindicación de los derechos de libertad en el universo de las relaciones laborales aparece en un momento tardío, siguiendo a Fernando Valdés Dal Ré, quien explica su justificación recalcando que este debate no puede ser sustraído de esta rama del derecho debido a "la radical asimetría de poderes que mantienen quienes actúan como sujetos en ese universo de relaciones jurídicas interprivadas, que constituye un campo especialmente abonado para canalizar los valores que la cultura de los derechos fundamentales encarna"⁸⁷. La aplicación de los derechos de la persona del trabajador en el interior de las organizaciones empresariales, según este autor, se ha incrementado no sólo por el reconocimiento en los ordenamientos positivos, sino por el constante activismo judicial en determinados sistemas jurídicos.

Sin perjuicio de lo anterior, se han identificado otros factores y causas, tales como la personalización del contrato de trabajo, la revolución tecnológica y la migración laboral como fenómeno universal que entraña el desplazamiento de trabajadores de un país a otro.

⁸⁶ (1997 pp 246-247)

⁸⁷ (2003 p 51)

Al referirse a la importancia de la laborización de los derechos fundamentales, Juan Sagardoy Bengoechea, nos recuerda que ella "tiene su razón de ser en la propia esencia del contrato de trabajo, radicalmente diferente, a estos efectos, a un contrato civil de compraventa o de agencia mercantil. Y es que, frente a lo que ocurre en tales contratos, en el de trabajo se dan dos fenómenos que explican la aplicación y modulación de los derechos fundamentales en el seno del contrato de trabajo. Tales son, por un lado, la relevancia de la persona del trabajador, que lleva aparejada la limitación de los poderes del empresario (aplicación) y por otro, la justificación constitucional de tales poderes, vía 'libertad de empresa' que conforma una jerarquización en la prestación laboral, como un haz de derechos y obligaciones por parte de trabajadores y empresario (modulación)"⁸⁸

Más que el realce se trata de su justificación ante el carácter *intuitu personae* del contrato de trabajo, respecto al sujeto débil, hablando jurídicamente

Se reafirma que las relaciones jurídicas entre los trabajadores y los empleadores desarrolladas en el interior de la empresa, indudablemente, constituyen el escenario propicio para el pleno reconocimiento de los derechos fundamentales que ostentan los primeros en su condición de persona y ciudadano, debido a que esos vínculos configurados por la dependencia y subordinación como rasgos característicos permiten el ejercicio del poder económico y social de los empresarios que comprometen o pueden afectar aquellos derechos. Por tanto, los derechos fundamentales inespecíficos merecen una adecuada y especial protección puesto que no desaparecen o quedan colgados fuera de la empresa. cuando se ingresa a realizar las tareas y labores convenidas en procura de beneficios individuales y sociales

⁸⁸ (2005 p.25)

2.2 Categorías de derechos fundamentales laborales según la doctrina científica

Ya se dijo que desde las constituciones de *Querétaro* y *Weimar*, así como en las recientes declaraciones de derechos humanos, se han reconocido y regulado una serie de derechos fundamentales que fueron conquistados por el movimiento obrero al comienzo del capitalismo tales como la libertad sindical, negociación colectiva y huelga, los cuales tienen carta de naturaleza laboral y son de exclusivo ejercicio de los trabajadores. Por su contenido y configuración tales derechos representan instrumentos colectivos o medios de acción sindical puesto que adquieren su relieve dentro del proceso productivo, precisamente en esa dimensión, pero me interesan aquellos derechos inherentes a la persona y que no desaparecen ante las relaciones de trabajo, a pesar que se produjo el olvido de estos últimos debido a la concentración y focalización de las luchas y reivindicaciones por los derechos sindicales. Lo que intento es realzar la llamada *laboralización de los derechos constitucionales*, tendencia nacida en Europa e implantada después en la mayoría de los países de América Latina, excepto en nuestro medio, con la finalidad que esta doctrina extranjera sea comprendida y aceptada en el derecho panameño.

Dentro del contexto europeo, en Francia, se mantuvo el reconocimiento de los derechos humanos y las libertades de los ciudadanos en los centros de trabajo, teniendo como punto de partida la Constitución de 1946, cuyo majestuoso preámbulo llega a ratificarse en 1958⁸⁹, que junto con el propio texto constitucional⁹⁰ y la Declaración de Derechos del

⁸⁹ El preámbulo es del tenor siguiente: "el pueblo francés proclama solemnemente su apego a los derechos del hombre y a los principios de soberanía nacional definidos por la Declaración de 1789, confirmados y completados por el Preambulo de la Constitución de 1946"

Hombre y del Ciudadano de 1789, encierra su *bloque de constitucionalidad*. Dicho preámbulo constitucional comprende uno de los elementos determinantes en la producción de la normativa aplicable a las relaciones de trabajo y de protección social.

Con respecto a esa fuente de derecho, Gerard Lyon-Caen sostuvo que “el preámbulo de la Constitución de 1946, antecedente de la Constitución de 1958, se caracterizaba por una cierta filosofía de las relaciones sociales. Se formulaban en él unos derechos pertenecientes a un nuevo tipo: derecho al trabajo (todo el mundo tiene el deber de trabajar y el derecho de obtener un empleo, nadie puede ser perjudicado en su trabajo o en su empleo por sus orígenes, sus opiniones o sus creencias), derecho sindical (todo hombre puede defender sus derechos o sus intereses mediante la acción sindical y adherirse al sindicato de su elección), derecho de huelga (el cual se ejerce según la ley que lo regulan), derecho de negociación colectiva y de control de la gestión de las empresas (todo trabajador participa por medio de sus delegados en la determinación colectiva de las condiciones de trabajo y en la gestión de las empresas), y el derecho a la Seguridad social”⁹¹. De acuerdo al citado autor esos derechos no tienen solamente un valor programático.

Esa influencia del derecho constitucional sobre las relaciones laborales, según Antoine Jeammaud, fija los cimientos del Derecho del Trabajo habida cuenta que otorgan valor constitucional a esta disciplina y también determina la sumisión de las relaciones de trabajo a las normas constitucionales haciéndolas valer directamente con cierta audacia y

⁹⁰ No contempla división entre la parte orgánica y dogmática, a diferencia de otros ordenamientos constitucionales, ya que se ocupa de la estructura y composición de su Estado nacional exclusivamente (desde el título I hasta el título XVII), pero varios de sus artículos fueron derogados por la Ley constitucional 95-880 de 1995.

⁹¹ (1974 p.43)

reticencia. Por eso, remarca que “esta forma de actuar de las normas que componen el bloque de constitucionalidad es recordada por las sentencias de la Corte de Casación, jurisdicción suprema del orden judicial que señala lo esencial del contenido de las relaciones de trabajo, las cuales no conciernen realmente más que a un limitado número de normas de rango constitucional aunque la Corte parece desigualmente audaz cuando invoca ese cuerpo normativo”⁹². También el Consejo constitucional francés ha formulado el influjo de las normas constitucionales sobre el nexo laboral, particularmente, con sus decisiones sobre igualdad de trato e igualdad ante la Ley, poniendo al descubierto el renovado fenómeno de *constitucionalización de las relaciones laborales*.

La jurisprudencia francesa viene sosteniendo que el monitoreo por cámaras y la vigilancia del correo electrónico de los trabajadores pueden convertirse en una injerencia indebida al derecho de intimidad y vida privada, salvo en aquellos casos excepcionales en que se persigan reunir pruebas para demostrar la deshonestidad del trabajador y desconozca de la implementación de tales medidas. Al respecto, Arturo Bronstein apunta que la Corte de Casación “*ha desestimado pruebas obtenidas por medios de vigilancia ocultos, considerando que un monitoreo que no ha sido puesto en conocimiento de los trabajadores ofende la dignidad de éstos y crea un clima de desconfianza incompatible con los deberes de lealtad y buena fe implícitos en el contrato de trabajo*”, igual razonamiento se expuso “*cuando la prueba fue reunida por un investigador privado y el empleado no estuvo al corriente de estos métodos de investigación*”⁹³.

⁹² (2006 pp 93-98)

⁹³ (2008 p 78)

En un fallo emitido el 2 de octubre de 2001, la Corte de Casación *"consideró que el trabajador tiene derecho, aún en el lugar de trabajo y durante las horas de trabajo, al respeto de la intimidad de su vida privada, incluyendo el secreto de su correspondencia. El empleador no puede, por lo tanto, sin violar dicha libertad fundamental, tomar conocimiento de los mensajes personales enviados y recibidos por el trabajador gracias al útil informático puesto a su disposición con motivo de su trabajo, y ello inclusive cuando el empleador hubiera prohibido la utilización no profesional del ordenador"* En un pronunciamiento de la Cámara de Apelaciones de Burdeos, en julio del año 2003, se extendió la protección expuesta al indicarse que se consideran *"personal –y sujetos por tanto al secreto de la correspondencia- los mensajes enviados y recibidos por un empleado en la mensajería genérica de la empresa, pero consultables únicamente en su estación de trabajo"* Finalmente, en mayo de 2005, la Corte de Casación vino a precisar la señalada jurisprudencia al determinar que *"excepto en situaciones de riesgo o de eventos particulares el empleador no puede abrir los ficheros identificados por el empleado como personales, contenidos en el disco rígido del ordenador puesto a su disposición por la empresa, a menos que sea en presencia del empleado o que ésta haya sido debidamente convocado"*⁹⁴ Este criterio jurisprudencial vino a sustituir el argumento de la Cámara de Apelaciones que indicaba la prueba, aportada sin informar al empleado de la revisión de los archivos personales ajenos a sus funciones, tenía la entidad suficiente para acreditar la falta grave imputada. El argumento de los tribunales franceses estuvo basado en el Convenio Europeo para la Protección de Derechos Humanos y las

⁹⁴ (Ibid p 84)

Libertades Fundamentales, específicamente, el artículo 8 que regula el derecho al respeto a la vida privada y familiar

Otro de los países europeos que impuso la aplicación de los derechos constitucionales en las relaciones laborales fue Portugal, tras la promulgación de su Constitución en 1976, donde se introdujeron los derechos laborales conocidos como derechos sociales. Para que ello se diera fue necesario que estuviese consolidado el concepto de este grupo de derechos humanos, que tuviesen aplicación directa las normas constitucionales referentes a todos los derechos, libertades y garantías, como reflejo de su vinculación no sólo respecto de las entidades públicas sino también de entidades privadas, y por supuesto se contemplara un catálogo extenso y pormenorizado de derechos fundamentales. Entonces, se puso de manifiesto la eficacia inmediata de los derechos y libertades públicas en las relaciones entre particulares. Al Tribunal Constitucional, creado por el artículo 284, le corresponde el control absoluto de constitucionalidad y obviamente establecer la eficacia directa de esos derechos.

Huelga señalar que la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre sujetos privados, expresamente, está reconocida en el artículo 18.1 de la Constitución de Portugal, así: "Los preceptos constitucionales relativos a los derechos, libertades y garantías son directamente aplicables a las entidades públicas y privadas y vinculan a éstas".

Con un enfoque más bien histórico-político, Jorge Miranda expuso que dicho texto "se preocupaba por los derechos fundamentales de los ciudadanos y los trabajadores y por la división del poder. Surgido en plena crisis de la civilización industrial y bajo la influencia

de tendencias socialistas o socializantes, intenta vivificar y enriquecer el contenido de la democracia y multiplicar las manifestaciones de la igualdad efectiva, participación, intervención y socialización, desde una visión amplia y con algunos ingredientes de utopía, ampliando los primeros derechos e incorporando con valor constitucional la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y algunas leyes constitucionales posteriores”⁹⁵ Este puntual señalamiento se hizo con el objeto de resaltar el proceso evolutivo de los ordenamientos del constitucionalismo portugués

En esa dirección interesa recordar lo apuntado por José Barros Moura, quien sostuvo que “el reconocimiento constitucional de los derechos de los trabajadores, a la par que los derechos fundamentales de las personas y ciudadanos, traduce la superación de una concepción tradicional de los derechos fundamentales que limitaba éstos al hombre y ciudadano genéricos y abstractos, dejando, por eso mismo, al margen los no propietarios, los trabajadores, esto es, los hombres con una posición dependiente en el proceso de producción” Continúa afirmando que “los preceptos constitucionales relativos a los derechos fundamentales de los trabajadores vinculan a las entidades públicas, pero también a las entidades privadas. Es el tema de la llamada ‘eficacia externa’ de los derechos fundamentales, que marca una decisiva superación de la concepción como meros derechos de defensa del individuo ante el Estado a través del reconocimiento de una dimensión objetiva. Los derechos fundamentales integran el orden objetivo y son aptos para regular no sólo las relaciones del individuo con el Estado, sino también las relaciones entre los particulares”⁹⁶ Entonces, es obvio que los derechos fundamentales

⁹⁵ (1988 pp 595-596)

⁹⁶ (1988 p 770)

tienen cabida en el ámbito laboral, debido a la moderna concepción implantada en los ordenamientos contemporáneos

El extenso catálogo de los derechos fundamentales, consagrado en la primera parte del ordenamiento constitucional portugués, divididos en derechos de primera y segunda generación, conforme Mariana Rodrigues Canotilho representan derechos subjetivos del individuo o auténticos derechos porque “no son concebidos como obligaciones del Estado o como principios rectores de la economía”⁹⁷ Se dice que ellos suponen la piedra angular del sistema constitucional de Portugal, junto con las garantías normativas e institucionales contenidas en sus reformas en 1982 y en el 2005

En uno de los pronunciamientos más emblemáticos del Tribunal Constitucional Portugués, referido al derecho a la salud de los ciudadanos portugueses que fue dictado por mayoría el 11 de abril de 1984, se vino a plantear en la Sentencia 39/84 que *“desde el momento en que el Estado cumple (total o parcialmente) las tareas constitucionalmente impuestas en orden a la realización del derecho social, el respeto constitucional de éste deja de consistir (o deja sólo de consistir en) en una obligación positiva, para transformarse o pasar a ser también una obligación negativa El Estado, que estaba obligado a actuar para dar satisfacción al derecho social, pasa a estar obligado a abstenerse de atentar contra la implementación dada al derecho social”* Con esta línea argumental, claramente, fue aceptada la realización de los derechos fundamentales en las relaciones privadas, estableciendo que ellos no pueden estar sujetos a la discrecionalidad

⁹⁷ (2010 p 118)

de las opciones políticas de los gobiernos, ni de las mayorías parlamentarias, esto es, a la posible actuación gubernamental o la potencial iniciativa legislativa

También la constitución española de 1978, sigue la tendencia de constitucionalización del Derecho del Trabajo, al dejar reconocidos y contenidos en ese nivel los derechos fundamentales y libertades públicas en su ordenamiento constitucional dentro de la sección 1ª, capítulo II, título I, que autoriza un tratamiento privilegiado para la libertad sindical y el derecho a la huelga, mediante un proceso especial preferente y sumario acompañado del proceso de amparo constitucional, y deja plasmados entre los otros derechos fundamentales de proyección general la libertad ideológica, intimidad, libertad de expresión, a la tutela judicial, etc , que se suman a los contemplados en la sección 2ª, capítulo II, título I, de la CE. Estos últimos llamados deberes y derechos de los ciudadanos son el derecho y deber de trabajar, la libre elección de profesión u oficio, el derecho a una remuneración suficiente, la negociación colectiva y el derecho a la adopción de medidas de conflicto colectivo, entre otros, los cuales no gozan de las garantías de amparos ordinario o constitucional. Conforme las experiencias europeas, en España, se instituyó el Tribunal Constitucional en la Constitución de 1978

Acorde con esa realidad e instrumento, Manuel Carlos Palomeque López, identifica dos categorías de derechos fundamentales, a saber específicos y los llamados inespecíficos, siendo los primeros aquellos derechos elevados a rango constitucional que tienen vinculación directa con el trabajo o tienen una expresa dimensión laboral, mientras que los segundos son los otros derechos constitucionales que, sin tener carta de naturaleza laboral propiamente, pueden ser ejercidos en el seno de la relación de trabajo, y adquieren

entonces una dimensión especial, tales como la intimidad, la libertad de expresión, la igualdad y no discriminación, la inviolabilidad de domicilio y toda forma de comunicación privada entre otros

Este autor explica “que los derechos constitucionales específicamente laborales tienen verdaderamente su origen o razón de ser exclusiva o principal en el ámbito de relaciones jurídicas de trabajo asalariado, de modo que no es posible técnicamente su ejercicio fuera de las mismas. La relación de trabajo activa o como referencia pretérita o de futuro, se convierte de este modo para aquéllos en presupuesto insoslayable de su nacimiento y ejercicio. Es el caso, así pues, de derechos constitucionales específicos de que son titulares los trabajadores asalariados o los empresarios, en tanto que sujetos de una relación laboral individual o colectiva, paradigmáticamente, el derecho de huelga, el derecho al salario, el derecho de negociación, etc.” Cuando describe los que contraponen a los anteriores observa que “al propio tiempo, otros derechos constitucionales de carácter general y, por ello, no específicamente laborales pueden ser ejercidos, sin embargo, por los sujetos de las relaciones de trabajo en el ámbito de las mismas, por lo que en tal caso adquieren un contenido o dimensión laboral sobrevinida. Se procura así una impregnación laboral de derechos de titularidad general o inespecífica por el hecho de su ejercicio por trabajadores asalariados, también eventualmente por empresarios, a propósito y en el ámbito de un contrato de trabajo. Son derechos atribuidos con carácter general a los ciudadanos, que son ejercidos en el seno de una relación jurídica laboral por ciudadanos que, al propio tiempo, son trabajadores y, por lo tanto, se convierten en

verdaderos derechos laborales por razón del sujeto y de la naturaleza de la relación jurídica en que se hacen valer, en derechos constitucionales laborales inespecíficos”⁹⁸.

La diferenciada tipología de esos derechos fundamentales es conocida con otra terminología, según Abdón Pedrajas Moreno, quien prefiere denominarlos derechos sociales y derechos personales respectivamente. En tal sentido, se advierte que “los derechos fundamentales sociales o laborales son aquellos que su realización típica se produce en el seno de la relación de trabajo, en tanto que los derechos fundamentales personales son los inherentes a toda persona y cuyo reconocimiento y ejercicio se puede producir tanto en el desenvolvimiento estrictamente privado del individuo, como cuando éste se inserta en una relación laboral”⁹⁹. Los últimos preexisten al establecimiento del vínculo contractual, pero sobre el mismo tienen manifestaciones concretas, implicando ello que se ensancha el ámbito de protección de los trabajadores. También la diferenciación puede apreciarse en el tratamiento de los derechos fundamentales dispensado en la jurisprudencia, tanto constitucional como ordinaria y especializada, conforme el análisis de los puntos controvertidos que serán hechos en este estudio dogmático.

Tanto los derechos constitucionales de prosperidad de los trabajadores que persiguen el bienestar de éstos como sus derechos fundamentales de personalidad, encaminados a protegerlos como seres humanos o personas, obviamente, conforman el marco normativo de las relaciones laborales y, a su vez, constituyen los límites o frenos a los poderes empresariales. Entonces, se desprende que ambas categorías tienen proyección en el

⁹⁸ (1991 p 31)

⁹⁹ (1992 pp 12-78)

plano colectivo e individual del Derecho del Trabajo, delimitando el alcance y ejercicio de las facultades jurídicas del empresario. Para Manuel Alonso Olea la versión laboral de los derechos constitucionales, asimilada a una de las señaladas categorías de los derechos fundamentales y libertades públicas, provocó la existencia de un “Derecho Constitucional del Trabajo”¹⁰⁰

El reconocimiento de los derechos fundamentales de la persona del trabajador, ha sido constante en el terreno jurisprudencial, pues en distintas ocasiones, su concreción la impuso el Tribunal Constitucional Español

A tal efecto, en la Sentencia 18/84 del 7 de febrero se ratificó que *“en un Estado social de derechos como el que consagra el artículo 1º de la Constitución no puede sostenerse con carácter general que el titular de tales derechos no lo sea en la vida social”*, lo que entraña que esos derechos rigen directamente en las relaciones entre particulares puesto que *“los actos privados pueden lesionar los derechos fundamentales y en estos supuestos los interesados pueden acceder a la vía de amparo sino obtienen la protección de los jueces y tribunales a los que el ordenamiento encomienda la tutela general de los mismos”* En igual sentido, con la Sentencia 177/88 del 10 de octubre se vino a enfatizar que *“el artículo 53 1 del texto constitucional tan sólo establece de manera expresa que los derechos fundamentales vinculan a los poderes públicos, pero ello no implica una exclusión absoluta de otros posibles destinatarios”*, pues en un Estado social de derecho no es posible sostener que el Estado sea el único sujeto pasivo. Con respecto a uno de estos derechos inespecíficos, la intimidad como núcleo central de la personalidad

¹⁰⁰ (1990 p 28)

específicamente, dicho Tribunal en Sentencia 53/85 del 11 de abril subrayó que *“la conexión de la intimidad con la libertad y dignidad de la persona implica que la esfera de la inviolabilidad de la persona frente a injerencias externas, el ámbito personal y familiar, sólo en ocasiones tenga proyección hacia el exterior, por lo que no comprende en principio los hechos referidos a las relaciones sociales y profesionales en que se desarrolla la actividad laboral”*

Confirmada la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre la validez y eficacia de los derechos fundamentales frente a terceros, interesa plasmar los razonamientos más destacados respecto de los límites que esta categoría de derechos le impone a los poderes del empresario en el contexto del contrato de trabajo, basados en la libertad de empresa y propiedad privada, igualmente amparados en el texto constitucional español, los cuales fijan pautas directrices ante las antinomias o conflictos de los derechos fundamentales que les pertenecen a los sujetos de la relación laboral

En virtud de la Sentencia 99/94 del 11 de abril se enfatiza que *“el contrato de trabajo no puede considerarse como un título legitimador de recortes en el ejercicio de los derechos fundamentales que incumben al trabajador como ciudadano, que no pierde su condición de tal por insertarse en el ámbito de una organización privada (STC 88/85 de 19 de julio) Pero es inmediatamente después cuando, a sensu contrario, aparece el aspecto novedoso sobre la posición que ocupan los derechos fundamentales en el ámbito laboral partiendo de este principio, no puede desconocerse tampoco que la inserción en la organización ajena modula aquellos derechos, en la medida estrictamente imprescindible para el correcto y ordenado desenvolvimiento de la organización*

productiva, reflejo, a su vez, de derechos que han recibido consagración en el texto de nuestra norma fundamental (artículos 38 y 33. CE) Es en aplicación de esta necesaria adaptabilidad de los derechos del trabajador a los requerimientos de la organización productiva en que se integra y en la apreciada razonabilidad de éstos, que manifestaciones del ejercicio de aquellos que en otro contexto serían legítimas, no lo son cuando su ejercicio se valora en el marco de la relación laboral. Es evidente que quien aceptó prestar tareas de ésta índole, no puede luego invocar el derecho fundamental para eximirse de su realización. Los requerimientos organizativos de la empresa deben venir especialmente cualificados por razones de necesidad, de forma que se hace preciso acreditar –por parte de quien pretende aquel efecto- que no es posible alcanzar el legítimo objetivo perseguido, porque no existe medio razonable para lograr una adecuación entre el interés del trabajador y el de la organización en que se integra. No basta con que la orden sea, prima facie, legítima es preciso acreditar una racionalidad específica en la que la restricción del derecho del trabajador sea verdaderamente la única solución apreciable para el logro del legítimo interés empresarial” Se observa que fue aplicada como técnica de control de los límites de los derechos fundamentales en conflicto la ponderación compuesta por tres juicios o sub principios consistentes en la necesidad, la adecuación y la estricta proporcionalidad

Esas técnicas de modulación de los intereses del trabajador y los poderes empresariales quedan confirmadas en la Sentencia 6/95 del 10 de enero, cuando a propósito de la indispensabilidad se declaró que *“los requerimientos de la empresa restrictivos de los derechos fundamentales del trabajador han de estar justificados por razones de*

necesidad estricta, subrayando además la insoslayable exigibilidad de este último requisito cualquiera que sea la cuantía de las compensaciones que el trabajador reciba”

En la Sentencia 186/00 del 10 de julio se hizo alusión al principio de proporcionalidad operado ante la colisión de derechos fundamentales en materia laboral, al sintetizarse que “ *para comprobar si una medida restrictiva de un derecho fundamental supera el juicio de proporcionalidad es necesario constatar si cumple los tres requisitos o condiciones siguientes si tal medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad), si, además, es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para conseguir ese propósito con igual eficacia (juicio de necesidad), y finalmente, si la misma es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto)”*

Tras dejar establecida la doctrina del equilibrio entre derechos constitucionales en conflicto, ahora, hace falta reseñar algunos pronunciamientos del Tribunal Constitucional Español sobre el ejercicio de ciertos derechos fundamentales dentro del ámbito de las relaciones laborales. En Sentencia 19/85 del 13 de febrero se planteaba que fuera reconocido el derecho a la libertad religiosa de una trabajadora que se había convertido a la Iglesia Adventista del Séptimo Día, donde se dio el cambio de su turno o ausencia con pérdida de salario –inclusive la variación de su régimen de descanso semanal obviamente- debido a que ella no podía laborar los sábados por razones religiosas y no quería ser despedida por abandono del trabajo lo que se produjo definitivamente, y la reclamación vino a ser rechazada o desestimada por el Tribunal Constitucional, bajo el

argumento siguiente. *"Aunque es evidente que el respeto a los derechos fundamentales y libertades públicas garantizados por la Constitución es un componente esencial del orden público, y que, en consecuencia, han de tenerse por nulas las estipulaciones contractuales incompatibles con este respeto, no se sigue de ahí, en modo alguno, que la invocación de estos derechos o libertades puede ser utilizada por una de las partes contratantes para imponer a la otra las modificaciones de la relación contractual que considere oportunas. Partiendo del régimen de jornada establecida con carácter general para la empresa, el otorgamiento de un descanso semanal distinto supondría una excepcionalidad que, aunque pudiera estimarse como razonable, comportaría la legitimidad del otorgamiento de esta dispensa del régimen general, pero no la imperatividad de su imposición al empresario"*

Después de haberse implantado la buena fe como una de las limitaciones al ejercicio de derechos fundamentales, vino su reiteración con la Sentencia 88/85 del 19 de julio, cuando se hizo alusión a la libertad de expresión y se razonaba que ella " *como cualquier otro derecho fundamental, no es un derecho ilimitado, estando sujeto a los límites que el art 20 4 de la propia Constitución establece. Pero, además, cuando la expresión pública de ideas y opiniones se ejerce por un trabajador, tomando como contenido aspectos generales o singulares del funcionamiento de la empresa en la que presta servicios, el ejercicio de aquella libertad ha de enmarcarse en unas determinadas pautas de comportamiento, que el art 7 del Código Civil expresa con carácter general al precisar que 'los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe'* La emisión de opiniones de forma desajustada a lo que

constituye una regla de general observancia en el tráfico jurídico convierte en ilícito y abusivo el ejercicio de la libertad de expresión. Y viceversa, la libertad de expresión ejercida sin tacha atrae hacia sí los mecanismos de protección jurídica que garantizan el legítimo ejercicio de los derechos fundamentales”

A propósito del derecho a la intimidad y la propia imagen, reclamado por el maestro deshuesador de jamones al negarse a realizar una demostración pública por orden de la empresa ante la promoción de su producto, en virtud de la Sentencia 99/94 del 11 de enero dicho Tribunal puntualizaba que *“la cuestión, ahora, es si, por la naturaleza del trabajo contratado en este caso, podemos considerar que las tareas encomendadas al trabajador implicaban la necesaria restricción de su derecho de tal suerte que pudiera entenderse que era la propia voluntad del trabajador –expresada al celebrar el contrato– la que legitimaba las que pudieran exigírsele en el futuro, dentro de los márgenes que se acaban de exponer. No es éste el caso. No consta que el trabajador, oficial de 2, deshuesador de jamones, tuviera asignada, explícita o implícitamente, tarea alguna de exhibición de su habilidad en la promoción de un producto, ni que éstas fueran componentes imprescindibles –o aun habituales– de las funciones que debía desarrollar. En ese contexto, la posición de la empresa no podía legitimarse por la sola orden dada al trabajador, era preciso, además que se pusiera de manifiesto la necesidad organizativa estricta de que ese trabajador –y no otro, o de otra manera– cumpliera la orden dada, en los términos en que se le dio, dadas las circunstancias concurrentes en el caso y en la empresa concreta”*

Por lo visto, los derechos constitucionales de titularidad genérica, también ostentados por el trabajador en razón de su condición de persona y ciudadano, suelen ser menoscabados y menospreciados por el empresario al momento del ejercicio de su poder económico y social, requiriendo entonces de garantías especiales de protección para su plena eficacia dentro del ámbito de la empresa. Ellos forman parte del resto de derechos humanos que han adquirido positivación necesaria en los ordenamientos jurídicos de rango supremo y tienen proyección o alcance en las relaciones laborales, sean colectivas e individuales, según el desarrollo jurisprudencial y doctrinal. Se piensa que los derechos fundamentales inespecíficos operan sobre la relación individual de trabajo de manera exclusiva, lo cual supone una imprecisión, puesto que llegan a tener incidencia en las relaciones laborales de orden colectivas como se aprecia en algún pronunciamiento citado en este trabajo.

En resumen, encerrando la diferenciada tipología elaborada en la doctrina española, los derechos fundamentales han sido concebidos por Pedro Cruz Villalón como “aquellos derechos subjetivos dotados de fuerza normativa derivada de la propia Constitución, susceptibles de imponerse a todos los poderes públicos y, particularmente, al propio legislador”¹⁰¹. Es claro que ellos impactan de modo inmediato y concreto todo el sistema normativo dentro de un Estado Social y Democrático que aspira a preservar y conservar la dignidad humana como una de sus principales pilares, esto es, le otorga una máxima protección jurídica. De nuevo, además, van a ser esparcidos y difundidos en todo el sistema normativo como reflejo de su reconocimiento constitucional.

¹⁰¹ (2000 p 67)

De acuerdo con esa elaboración conceptual uno de sus contenidos alude a su fuente constitucional, esto es, a su procedencia normativa desde el punto de vista formal, mientras que la tutela reforzada, como otro elemento, se traduce al blindaje jurídico de esa categoría especial de derechos, o sea, a los mecanismos procesales con los cuales se dota a los derechos fundamentales de fuerza o efectividad

El reconocimiento jurídico de los derechos fundamentales tiene como base axiológica el respeto de la dignidad humana, lo que hizo que fuese erigida como uno de los valores supremos de cualquier ordenamiento jurídico. El respecto de la dignidad humana persigue el cumplimiento del proyecto político o económico que está informado por ideales de progreso y civilización. Por ende, la dignidad humana representa un componente sagrado que llega a colocarse en un primer plano dentro del sistema normativo, dada su fuerte carga ontológica y filosófica, pues busca la realización de todo individuo que aspira a una convivencia pacífica entre los seres de su misma especie.

Por otra parte, interesa dejar anotado que los derechos fundamentales han ido reforzando su función por cuanto constituyen principios que informan todo el ordenamiento jurídico, lo cual implica que irradian el sistema normativo, pues son una parte esencial del orden político y de la paz social. Por consiguiente, su clásica función de servir de freno a las acciones de los poderes públicos llega a ser ampliada porque despliega su radio de acción al ámbito jurídico frente a terceros o relaciones entre particulares, es decir, que no se reducen los derechos fundamentales a la esfera pública sino que se proyecta también a las relaciones jurídicas que ocurren fuera de ese contexto. Así, puede decirse que la función

de los derechos fundamentales extendida en su eficacia frente a terceros o entre particulares es fortalecida o renovada.

La vigencia y eficacia de los derechos fundamentales inespecíficos en las relaciones jurídicas privadas, es propagada a Latinoamérica, específicamente a Colombia, Perú y Chile, debido a la formación y actualización de sus académicos en el viejo continente y dado el interés de modernizar sus regímenes jurídicos. Se consideraban obsoletos tales sistemas jurídicos porque estaban basados en la tradicional concepción de los derechos fundamentales, por lo que dicha corriente contemporánea se introdujo, tanto en los ordenamientos constitucionales y legales como en sus doctrinas jurisprudenciales donde quedó fortalecida la misma, diferenciándose de lo acontecido en el contexto europeo.

En el ordenamiento jurídico colombiano a partir de su Constitución Política de 1991, proclamada el 4 de julio, que reemplaza la expedida en 1886, se dio inicio al proceso de renovación y cambio de la nueva democracia en dicho país, debido a la noble decisión de su propia población. En dicho instrumento se encuentran enunciados los siguientes valores: la igualdad, vida, convivencia, libertad, paz, justicia y el trabajo, los cuales aparecen contemplados en el preámbulo del texto constitucional. En el título primero se consagran las bases o pilares fundamentales del Estado nacional, donde se reconoce el respecto a la dignidad humana.

Dicho ordenamiento ha confiado la guarda de la integridad y supremacía de la constitución a la Corte Constitucional, según el artículo 241, al igual que la revisión de las decisiones judiciales relacionadas con la acción de tutela de derechos constitucionales. No voy a ocuparme de su composición y funcionamiento porque ello excedería los

límites de esta investigación Esta institución viene a reemplazar la labor que venía ejerciendo la Corte Suprema de Justicia a través de su Sala constitucional.

Los derechos fundamentales de las personas aparecen en el capítulo primero del título segundo, y se contempla la libertad e igualdad jurídica, junto con la prohibición de discriminación, intimidad personal y familiar al igual que la inviolabilidad de toda forma de comunicación, desarrollo de su personalidad, libertad religiosa y de conciencia, expresión e información, debido proceso legal entre otros Dentro del capítulo segundo se erigen los derechos sociales, económicos y culturales, denominados derechos de segunda generación, y se establece un amplio catálogo de estos derechos específicos, y los derechos de tercera generación conocidos como derechos colectivos y del medio ambiente se ubican en el capítulo tercero de ese mismo título constitucional Se tiene prevista la consagración expresa de la aplicación directa o inmediata de los derechos fundamentales ya mencionados, según lo establecido en el capítulo cuarto de la normativa constitucional, donde se instituyen los mecanismos de defensa o protección de esos derechos cuando hayan sido violados por servidores públicos o por sujetos particulares

Sobre esa categoría especial de derechos y su forma de aplicación contenida en el régimen colombiano, Mario Madrid-Malo Garzabal apunta que "los Títulos I y II de la nueva Carta Política insertan el reconocimiento y la garantía de los derechos de la persona en un gran proceso de reforma política, del cual hacen parte la construcción de la

democracia participativa, la vigorización de la legitimidad de las institucionales y la búsqueda de la paz”¹⁰²

El problema de la eficacia frente a terceros de los derechos fundamentales, en Colombia, se encuentra resuelto porque su ordenamiento constitucional expresamente la consagra e insta la acción de tutela. Tras el estudio de ese medio defensivo que equivale al amparo de otros regímenes, Alexei Julio Estrada, al establecer semejanzas y diferencias entre los mecanismos de protección de los derechos fundamentales, tanto en el caso español como en el alemán, los cuales tienen una configuración constitucional como regulación legal, concluye que sería “aconsejable el abandono de la fundamentación que se basa en la *Dritwirkung* mediata o inmediata, por una línea argumentativa más próxima al deber de protección”¹⁰³. Esta postura es favorecida por cuanto atiende a la verdadera función de los derechos fundamentales y a su obligada vinculación dentro de todos los campos del derecho, quedando atrapados dentro de esa órbita todos los sujetos que participan e intervienen en las relaciones jurídicas desarrolladas en la sociedad donde indudablemente se presentan las contrataciones laborales.

Vale mencionar que la jurisprudencia de la Corte constitucional ha desarrollado una doctrina sobre la naturaleza del principio de la dignidad de la persona humana, según Bernardo Carvajal Sánchez, cuando destaca la doble funcionalidad de dicho principio en materia de derechos fundamentales al indicar que “con la Constitución de 1991, torna una posición preponderante y privilegiada dentro del derecho colombiano”¹⁰⁴. Se puso al descubierto que la dignidad humana no sólo cumple una función de principio o fuente de

¹⁰² (2004 pp 24-25)

¹⁰³ (Op. Cit. p 306)

¹⁰⁴ (2005 pp 66)

los derechos fundamentales, sino que se emplea como una regla aplicable por los jueces en la solución de conflictos de esta categoría de derechos, después de un pormenorizado análisis de ciertas sentencias. Concretamente, en sentencia T-211 del 12 de mayo de 1995, el supremo juez constitucional ha declarado que *“la dignidad representa un principio esencial que funda el sistema jurídico y, por tanto, tiene un valor absoluto”* En virtud de la sentencia C-177 del 14 de febrero de 2001, igualmente, se ha considerado que *“ los derechos que protegen la humanidad de las personas no son susceptibles de ninguna restricción o limitación Actuar en el sentido contrario sería, para el juez constitucional, atentar contra la dignidad humana, la vida, la justicia y la igualdad”* Y, en la sentencia T-645 del 26 de noviembre de 1996, a propósito de la otra función, la Corte sostuvo que *“los jueces, en su actividad hermenéutica, deberán transformar el principio (fundador) de dignidad en parámetro de la interpretación de los derechos fundamentales”* Esas consideraciones de la doctrina judicial colombiana pueden ser empleadas en el ámbito de las relaciones de trabajo, sin lugar a dudas, aunque dentro de la obra recién citada no hayan sido examinados precedentes en dicho sentido

El reconocimiento de los derechos fundamentales en el ámbito de las relaciones laborales, en Perú, no admite cuestionamiento alguno puesto que se encuentra instituido como un imperativo y mandato constitucional claro y expreso, siendo posible exigirlo o reclamarlo directamente cuando sean afectados o desconocidos.

Desde la carta política de 1979¹⁰⁵ se proscribió lesionar en el plano laboral los derechos constitucionales. Sin considerar el discutible origen de la Constitución Política de 1993, ella mantuvo el reconocimiento de los derechos fundamentales en el ámbito laboral y la posibilidad de hacerlos valer cuando hayan sido vulnerados por el empleador, al igual que su predecesora. Las previsiones constitucionales sobre la presencia y eficacia de esta categoría especial de derechos en la esfera laboral aparecen en los artículos 23 y 200, cuyos contenidos en su orden imponen el mandato a su observancia y un medio de defensa. Dentro del título referido a las garantías constitucionales se instituyó el Tribunal Constitucional, como un órgano autónomo e independiente, encargado del control de constitucionalidad, conforme el artículo 201.

En dicho ordenamiento constitucional los derechos fundamentales de las personas están consagrados en el capítulo primero que consta de tres preceptos que establecen la dignidad como fin supremo del Estado, la igualdad ante la Ley, libertad de conciencia y de religión, libertad de información, opinión y expresión, inviolabilidad de toda comunicación privada, intimidad personal y familiar, inviolabilidad de domicilio, entre otras, siendo enunciativa y no taxativa la enumeración contenida en uno de los preceptos. En el capítulo segundo se contemplan los derechos sociales y económicos, ubicándose a partir del artículo 22 aquellos de naturaleza estrictamente laboral. Ambos capítulos están comprendidos en el Título primero acerca de la persona y de la sociedad.

Como expone Carlos Blancas Bustamante “cuando el artículo 23, tercer párrafo, de la Constitución de 1993 prescribe que ‘ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de

¹⁰⁵ La Constitución Política de 1979, dentro del artículo 42, en su tercer párrafo disponía que ‘En toda relación laboral queda prohibida cualquier condición que impida el ejercicio de los derechos constitucionales de los trabajadores o que desconozca o rebaje su dignidad’.

los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador', se admite expresamente la eficacia de los derechos fundamentales en la relación laboral"¹⁰⁶. El destacado autor agrega que "la función de esta cláusula constitucional, a semejanza de la que cumple el artículo 200 –que, al habilitar las acciones de garantía respecto de las agresiones de cualquier persona, resulta admitiendo la eficacia inmediata ante terceros de los derechos fundamentales-, consiste en reconocer esta misma eficacia específicamente en el ámbito de las relaciones laborales. Disipa, de este modo, cualquier duda interpretativa que pudiera suscitarse respecto del reconocimiento por nuestro ordenamiento constitucional de los derechos laborales fundamentales 'inespecíficos' y su eficacia inmediata y plena ante el empleador"¹⁰⁷

Explicaba con antelación dicho autor que " la *Drittwirkung* ha sido asumida por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional del Perú a partir de la disposición contenida en el artículo 38 de la Constitución. De conformidad con esa norma 'todos los peruanos tienen el deber () de respetar, cumplir (.) la Constitución'. Esta norma establece que la vinculatoriedad de la Constitución se proyecta *erga omnes*, no sólo al ámbito de las relaciones entre los particulares y el Estado, sino también a aquellas establecidas entre particulares. Ello quiere decir que la fuerza normativa de la Constitución, su fuerza activa y pasiva, así como su fuerza regulatoria de las relaciones jurídicas se proyecta también a las establecidas entre particulares, aspecto denominado como la eficacia *inter privatos* o eficacia frente a terceros de los derechos fundamentales. En consecuencia, cualquier acto proveniente de una persona natural o persona jurídica de derecho privado, que pretenda

¹⁰⁶ (2007 p 93)

¹⁰⁷ (ibid p 94)

conculcar o desconocerlos, como el caso del acto cuestionado, en el presente proceso, resulta inexorablemente inconstitucional”¹⁰⁸, tal como expresan las sentencias del 11 de julio de 2002 y 13 de marzo de 2003, en sus fundamentos 6 y 5, respectivamente

La actuación de los derechos constitucionales del trabajador en la relación laboral, como bien apunta Elmer Arce Ortiz, es “producto de la confluencia de dos fenómenos jurídicos-normativos. El proceso de constitucionalización de los derechos laborales, cuyo objeto no es otro que proteger al trabajador en tanto parte débil de la relación contractual y la laboralización de los derechos constitucionales, en cuanto instrumento de defensa del ciudadano que actúa como trabajador”¹⁰⁹, tras dejar planteada la necesidad de tutela de ciertos derechos constitucionales del trabajador frente al despido. Dicho de otro modo, esa necesaria actuación pasa por un inacabado proceso histórico desde su configuración en cualquier sistema normativo hasta su reconocimiento y amparo concreto cuando son amenazados o menoscabados por los empleadores.

Acerca del marco constitucional que impera en el régimen peruano, considerado todavía un modelo proteccionista pese al significativo retroceso respecto de la Constitución de 1979, Wilfredo Sanguinetti Raymond señala que “la renovación constitucional no ha supuesto, ni un cambio de modelo, ni la legitimación de una desregulación a ultranza de nuestro sistema de relaciones laborales, como posiblemente hubieran pretendido algunos de los más radicales defensores del régimen felizmente extinguido con pasada década, si conlleva una mayor apertura hacia la labor del legislador, al que el menor número de mandatos de contenido laboral, así como la inferior precisión de sus contenidos, dejan

¹⁰⁸ (2004 pp 91-92)

¹⁰⁹ (2006 p 73)

libres espacios de actuación superiores a los del pasado”¹¹⁰. Esa descripción fue hecha antes de plasmarse el impacto que las bases constitucionales proyectan al ordenamiento laboral y a la labor del Tribunal Constitucional. Así, los pronunciamientos judiciales sobre la prevalencia de los derechos fundamentales del trabajador no han quedado en meras declaraciones generales, sino que han tenido una traducción práctica en los conflictos ventilados en sede constitucional, tal como fuera indicado por la doctrina

Efectivamente, en la Sentencia del 19 de agosto de 2002, donde se hizo valer la libertad religiosa y de conciencia frente a un cambio de horario de trabajo, medida empresarial que podía provocar una serie de inasistencias injustificadas y generar el despido fundado en ellas, imposibilitando que no se pudiese cumplir con uno de los preceptos doctrinarios de la Iglesia Adventista del Séptimo Día, cual es el Día de Reposo Cristiano, a sabiendas que el trabajador profesaba esa fe religiosa y pertenecía a esa congregación evangélica, el Tribunal Constitucional consideró que *“si en un principio la emplazada optó por respetar los designios de los dogmas religiosos profesados por el recurrente, no existen razones legítimas para que, con posterioridad, se decidiera cambiar de decisión. Este criterio, desde luego, no significa que el Tribunal desconozca el ius variandi del empleador, pero, en atención a su carácter de derecho fundamental, derivado del principio de dignidad humana, para que se realizara tal cambio era preciso que se observara un mínimo de razonabilidad en los fundamentos del cambio”*. Antes se expuso que son dos derechos distintos en su contenido, aun cuando gozan de pleno reconocimiento internacional en el sistema interamericano de derechos humanos, precisándose que el derecho de objeción de conciencia carece de explícito reconocimiento en la norma

¹¹⁰ (2006 p 13)

fundamental peruana. Como parte del pronunciamiento del supremo Tribunal se dieron dos disidencias en las que se sostuvo, uno, que *“no es constitucionalmente aceptable, a juicio de uno de los integrantes de la corporación de justicia, que un trabajador cualquiera que sea su credo religioso, se ampare en este para pedir ser exceptuado de su obligación de laborar un determinado día de la semana por considerar que en ese día, de acuerdo a su fe, se encuentra proscrito el trabajo en cualquiera de sus formas”* Y, dos, que se *“debe dar mayor peso al valor de la salud colectiva como bien social, que al derecho individual del demandante a descansar los días sábados por razones de culto. Así lo reconocen la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos que permiten expresamente restricciones al derecho de conciencia y de religión cuando se trata de la salud”* Es obvio, que para establecer la decisión más acertada frente a los derechos fundamentales enfrentados era necesario acudir a las reglas que componen el principio de proporcionalidad.

Respecto a la libertad de expresión e información irrespetada con la sanción disciplinaria, impuesta por el empleador de un servidor público, según la Sentencia de 10 de julio de 2002, el Tribunal Constitucional dictaminó que a esos derechos constitucionales *“el legislador puede imponerle límites a su ejercicio en el ámbito de las relaciones especiales de sujeción bajo las que se encuentran determinados individuos”* Dichas restricciones operan solamente cuando se ponga en riesgo el normal cumplimiento de las funciones y actividades de las empresas y/o el correcto ejercicio de sus potestades, por lo

que no queda comprometido el ejercicio de sendos derechos fundamentales extendidos a las relaciones laborales

Mediante la Sentencia del 18 de agosto de 2004, se puso de relieve la efectividad de los derechos constitucionales a la privacidad y reserva de las comunicaciones del trabajador, después de notificado su despido por el envío de material pornográfico a través del sistema de comunicación electrónico de la empresa, al evaluarse los procedimientos de revisión del equipo de cómputo del trabajador cesado al igual que las constancias y diligencias probatorias, el Tribunal Colegiado dijo que *“aunque, ciertamente, puede alegarse que la fuente o el soporte de determinadas comunicaciones y documentos le pertenecen a la empresa o entidad en la que un trabajador labora, ello no significa que la misma pueda arrogarse en forma exclusiva y excluyente la titularidad de tales comunicaciones y documentos, pues con ello evidentemente se estaría distorsionando el esquema de los atributos de la persona, como si estos pudiesen de alguna forma verse enervados por mantenerse una relación de trabajo”* Más adelante señaló que *“en la forma como ha obtenido los elementos presuntamente incriminatorios, no solo ha vulnerado la reserva de las comunicaciones y la garantía de judicialidad, sino que ha convertido en inválidos dichos elementos En efecto, conforme lo establece la última parte del artículo 2º, inciso 10), de la Constitución, los documentos privados obtenidos con violación de los preceptos anteriormente señalados, no tienen efecto legal Se trata, pues, en el fondo, de garantizar que los medios de prueba ilícitamente obtenidos no permitan desnaturalizar los derechos de la persona ni, mucho menos, y como es evidente, que generen efectos en su perjuicio”* Se desprende de lo anterior que antes de la ruptura

de la relación de trabajo debió determinarse –de modo correcto- que el trabajador sancionado utilizó su correo electrónico para fines opuestos a las obligaciones laborales.

En Chile, el tema de los derechos fundamentales en las relaciones laborales ha llegado para quedarse como fuera puntualizado acertadamente, pues fue adoptado por su Derecho laboral, el cual no se ha caracterizado por su avanzado contenido ni por la contribución conceptual a sus instituciones –si es contrastado con el abolido ordenamiento jurídico- En el ámbito laboral se regulan aspectos materiales y procesales dentro del derecho positivo como resultado de la eficacia horizontal de los derechos constitucionales y su aplicación directa en las relaciones entre particulares¹¹¹

La vinculabilidad de los derechos fundamentales aparece en la Constitución Política de 1980, en el segundo párrafo de su artículo 6, donde se previene que “los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo” En esa normativa el artículo 19 estatuye como derechos fundamentales entre otros la igualdad ante la Ley, el respeto y protección a la vida privada y a la honra de la persona, la inviolabilidad del hogar y toda forma de comunicación privada, la libertad de conciencia y religiosa, la libertad personal y a la seguridad individual, la libertad de opinión y expresión Es claro que esos derechos son oponibles no sólo ante los órganos públicos y estatales sino frente a terceros o entre particulares

¹¹¹ Al respecto, vid , desde una perspectiva general en la doctrina chilena pueden ser consultados los estudios de José Ignacio Martínez Estay, *Los Particulares como Sujetos Pasivos de los Derechos Fundamentales La Doctrina del Efecto Horizontal de los Derechos* (1998), de Andrés Jana Linetzky, *La eficacia horizontal de los derechos fundamentales* (2001), y de Eduardo Aldunate Lizama, *“El Efecto de Irradiación de los Derechos Fundamentales”* (2003)

Además, se contempla la posibilidad de acudir a la jurisdicción constitucional en busca de amparo de tales derechos cuando éstos hayan sido vulnerados por actos de particulares, ampliándose la cobertura que tradicionalmente quedaba limitada a los actos provenientes del poder público, según lo establecido en el artículo 20 de la Constitución Política¹¹² La acción de amparo constitucional estatuida podrá ser ejercida contra “los actos u omisiones arbitrarios o ilegales que causen privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de los derechos y garantías establecidas en el artículo 19” Sin perjuicio de esa protección surtida ante las Cortes de Apelaciones, es posible acudir al Tribunal Constitucional creado por el artículo 92, cuya competencia aparece enmarcada dentro del artículo 93

La eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares también es recibida en el ordenamiento laboral, explícitamente, dentro del artículo 5 del Código de Trabajo que señala “el ejercicio de las facultades que la ley reconoce al empleador, tiene como límite el respeto a las garantías constitucionales de los trabajadores, en especial cuando pudieran afectar a la intimidad, la vida privada y honra de éstos” Esta disposición fue incorporada al régimen chileno en el año 2001, mediante la Ley 19 759, luego de un extenso debate teórico y práctico en el plano administrativo Se observa que la *Drittwirkung der Grundrechte* es abrazada por la legislación laboral a partir del momento de su vigencia

¹¹² Artículo 20 El que por causa de actos u omisiones arbitrarios o ilegales, sufra privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de los derechos y garantías establecidos en el artículo 19, números 1 °, 2 °, 3 ° inciso cuarto, 4 °, 5 °, 6 °, 9 ° inciso final, 11 °, 12 °, 13 °, 15 ° 16 ° en lo relativo a la libertad de trabajo y al derecho a su libre elección y libre contratación, y a lo establecido en el inciso cuarto, 19 °, 21 °, 22 °, 23 °, 24 ° y 25 ° podrá ocurrir por sí o por cualquiera a su nombre, a la Corte de Apelaciones respectiva, la que adoptara de inmediato las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado, sin perjuicio de los demás derechos que pueda hacer valer ante la autoridad o los tribunales correspondientes Procederá también, el recurso de protección en el caso del No 8 del artículo 19, cuando el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación sea afectado por un acto u omisión ilegal imputable a una autoridad o persona determinada”

Antes de la expedición de la referida Ley, que introdujo enmiendas al Código de Trabajo, la Dirección del Trabajo en su dictamen No. 287/14, del 11 de enero de 1996 sobre poderes empresariales, ha señalado que *“mientras el sistema jurídico dota al empleador de lo que la doctrina llama poder de dirección y de disciplina, esto es, de la facultad del empleador para dirigir y mantener el orden dentro de la empresa, que de alguna manera es manifestación de los derechos constitucionales de propiedad y de la libertad para desarrollar cualquier actividad económica, dicha garantía se encuentra jurídicamente limitada por las garantías constitucionales dirigidas a proteger la dignidad y la honra de las personas”* En otra parte de su contenido, en el reseñado dictamen, se expuso que *“en lo que respecta a la revisión de bolsos y paquetes de los trabajadores por una máquina detectora de metales, ella puede ser idónea para mantener la seguridad tanto de la empresa como de los trabajadores, sin embargo deben cumplirse las mismas condiciones ya señaladas en los párrafos anteriores debe estar establecida en el Reglamento de Orden, Higiene y Seguridad, debe señalarse el mecanismo de selección y como se garantizara la despersonalización de la revisión”* La idea de los límites de la actividad directiva de la empresa fue desarrollada en los dictámenes 4824/300 del 19 de septiembre de 1993 y 1936/124 del 22 de abril de 1993, entre otros

Posteriormente, dicha autoridad administrativa ha venido sosteniendo que la privacidad es uno de los derechos fundamentales del trabajador que debe ser respetado y resguardado en el contexto de la relación de trabajo frente a los mecanismos de control del empleador. En el dictamen 260/19 del 24 de enero de 2002, se enfatiza que *“De acuerdo a las facultades con que cuenta el empleador para administrar su empresa,*

puede regular las condiciones, frecuencia y oportunidad de uso de los correos electrónicos de la empresa, pero en ningún caso podrá tener acceso a la correspondencia electrónica privada enviada y recibida por los trabajadores. La razón de lo anterior corresponde a la naturaleza de comunicación privada protegida constitucionalmente que este Servicio le reconoce al correo electrónico de los trabajadores” Acorde con esta postura el contenido del correo electrónico hace parte de la vida privada del trabajador y, por ende, no puede ser revisado por el empleador. Sobre esta misma cuestión pueden consultarse inclusive los dictámenes 2875/72 del 22 de julio de 2003 y 3441/072 del 20 de agosto de 2008

También la Dirección del Trabajo fija los criterios interpretativos frente a los conflictos de derechos fundamentales, concretamente, dentro del dictamen 2856/162, de 30 de agosto de 2002 cuando advierte que *“se ha materializado el reconocimiento de la plena vigencia de los derechos fundamentales de los trabajadores en la empresa, lo que se ha denominado por la doctrina como ‘ciudadanía en la empresa’, reconocimiento que está llamado a constituirse en la idea matriz que ha de conformar y determinar, de forma ineludible, la interpretación del conjunto de normas que regulan las relaciones laborales”* Luego se añade que *“este posicionamiento de los derechos fundamentales como valores centrales del ordenamiento jurídico-laboral hunde sus raíces en el reconocimiento de la dignidad que como persona posee todo trabajador”* Finalmente, invocando una de las características de los derechos fundamentales, se dispuso que *“como consecuencia necesaria de la unidad de interpretación del ordenamiento constitucional los límites que inexcusablemente deben fundarse en la protección de*

otros derechos o bienes constitucionales, la moral, el orden público y el bien común, y que hacen conveniente o justificable la imposición de restricciones al derecho fundamentales” De acuerdo con el dictamen marco los conflictos entre derechos fundamentales se resuelven utilizando los criterios de la ponderación, propuestos en sede constitucional, dado que el conflicto originado en el seno de la empresa trasciende dicho espacio para ubicarse en el plano constitucional como es sabido

Esa tendencia jurisprudencial de tipo administrativa es el resultado de una fuerte convicción dogmática. En efecto, con relación a esa normativa jurídica, Jose Luis Ugarte Cataldo, considera que la plena vigencia de los derechos fundamentales en el ámbito laboral, se determina “no en razón de su incorporación por parte de la ley, sino simplemente por el llamado efecto horizontal de los derechos constitucionales, principio reconocido en nuestra ley fundamental mediante el nombre de principio de vinculación directa de la Constitución (artículos 6º y 7º de la Constitución)”¹¹³. Curioso estima el camino emprendido para la recepción en el ordenamiento laboral chileno, al hacerlo por la vía de la legislación ordinaria, en vez, de esperar una decisión de la justicia constitucional como se diera en el continente europeo. En su momento, este autor dijo que “la operatividad de esta norma pudiera ser cuestionada por la falta de mecanismos procesales especiales e idóneos sobre la materia en nuestra legislación procesal laboral, sobre la base de la radical inutilidad que la acción de protección, presenta en la defensa de este tipo de derechos”¹¹⁴.

¹¹³ (2009 p 123)

¹¹⁴ (ibid p 124)

Bajo la denominada ciudadanía en la empresa clavada en la Ley 19 759, en igual sentido, Sergio Gámonal Contreras indica que esa “reforma constituye un reconocimiento legislativo expreso a la labor jurisprudencial de la Dirección del Trabajo, y el legislador se pone al día en la consagración de la ciudadanía en la empresa en el derecho chileno, perfeccionando la directa aplicabilidad de principios constitucionales básicos de nuestro estado de derecho, como que todas las personas nacen libre e iguales en dignidad y derechos, el bien común y los derechos fundamentales en general. No obstante sus falencias, en orden a contemplar un procedimiento especial y expedito para estos casos, opinamos que esta enmienda acerca un poco más a los trabajadores a la ciudadanía a que tienen derecho como miembros de nuestra comunidad”¹¹⁵. Esa tendencia doctrinal y jurisprudencial que vino a reconocerse en dicha legislación laboral, como es sabido, perseguía la reafirmación de los derechos constitucionales en la empresa.

En la segunda parte de su escrito sobre el contrato de trabajo y derechos fundamentales, Christian Melis Valencia, afirmaba que “ pese a existir en nuestro país un reconocimiento normativo –solo a nivel constitucional- de los derechos fundamentales de los trabajadores, en la práctica ellos no pasan de ser meras entelequias en tanto los mecanismos de tutela de los mismos son insuficientes o no funcionan adecuadamente o en la dirección correcta. La presencia o ausencia –utilización atrofiada o deformada- de garantías efectivas y apropiadas de protección de los derechos fundamentales, marcará la diferencia entre un sistema político respetuoso de los derechos del hombre y aquellos en que el valor de los mismos constituye una cuestión de menor orden, en definitiva, la falta de mecanismos adecuados de protección de estos derechos equivale a su no

¹¹⁵ (2004 p 62)

reconocimiento. Esta ha de ser entonces la verdadera *vexata quaestio* del sistema de protección de los derechos fundamentales en nuestro país¹¹⁶. Esa afirmación se hizo antes de la reforma procesal laboral en Chile, notándose con claridad, una verdadera anomia legislativa en orden al reconocimiento y desarrollo de los derechos fundamentales del trabajador. Por ende, es evidente que “la plena vigencia de los derechos de ciudadanía al interior de la empresa, requiere como *conditio sine qua non*, no sólo un reconocimiento normativo-material, sino que también, ante todo, de mecanismos de tutela jurisdiccional eficaces e idóneos¹¹⁷, según concluyera en otra publicación y con lo cual estoy de acuerdo totalmente

Por su parte, tras inferir el fundamento constitucional de la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares, dada la falta de reconocimiento expreso en la Constitución Política, al decir Eduardo Caamaño Rojo, su admisión en el ordenamiento jurídico laboral se produjo a raíz de la reforma implementada por la Ley No 19.759. Observa que “la norma clave en este aspecto es el artículo 5 inciso 1º del Código de Trabajo, conforme el cual ‘El ejercicio de las facultades que la ley le reconoce al empleador, tiene como límite el respeto a las garantías constitucionales del trabajador, en especial cuando pudieran afectar la intimidad, la vida privada o la honra de éstos’. Con esta nueva disposición se consagra entonces de manera indubitada, la eficacia de los derechos fundamentales en el plano de las relaciones laborales y, además, de manera especial, la función que tienen estos como límites al ejercicio de los poderes

¹¹⁶ (2002, p. 7)

¹¹⁷ (2004, p. 25)

empresariales”¹¹⁸. Continúa diciendo el citado autor que “no obstante lo anterior, teniendo en cuenta la escasa incidencia que en la implementación práctica de la teoría de la *Drittwirkung* han demostrado hasta el momento los Tribunales de Justicia chilenos, debemos reconocer que la norma incorporada al artículo 5 del CdT tiene más que nada un valor simbólico declarativo. Con todo, independientemente de esta falencia, creemos que esta norma es de todas formas relevante, ya que puede contribuir a generar un cambio cultural en los actores sociales, en vista a internalizar, en la práctica, la validez de los derechos fundamentales en el plano de las relaciones laborales –Y, en estos términos, registra su preeminencia- Desde esta perspectiva, lo importante y, a la vez, el principal mérito de esta reforma legal, es que ahora los trabajadores ‘conocen’ gracias a esta disposición que los derechos fundamentales que detentan por su condición de personas no pierden vigencia o sentido al interior de la empresa, como asimismo, que éstos constituyen un límite al poder empresarial Además, destaca la ubicación de este precepto, por sobre la irrenunciabilidad de los derechos laborales, con lo que queda clara la jerarquía superior y la eficacia de los derechos fundamentales por sobre los derechos estrictamente laborales”¹¹⁹ También se dijo que la falencia indicada condujo a que se adoptara una reforma procesal laboral, contenida en la Ley No 20 087 que comenzó a regir el 1 de marzo de 2007, subsanando las deficiencias del sistema jurisdiccional chileno

Mediante esta última legislación se establece la protección judicial de ciertos derechos fundamentales inespecíficos del trabajador, el cual se surte en sede laboral, cuando esos

¹¹⁸ (2006 pp 13-14)

¹¹⁹ (Ibid p 14)

derechos hayan sido vulnerados por las actuaciones del empleador. Es contemplado un procedimiento especial de tutela laboral ante las insuficiencias advertidas y sin perjuicio del amparo que puede ejercitarse en la justicia constitucional. En términos generales, Juan Carlos Ferrada Bórquez y Rodolfo Walter Díaz, exponen al respecto que “el legislador busca una protección especializada de los derechos fundamentales de los trabajadores, ante una percepción de debilidad del mecanismo general. Así, el proceso de tutela de derechos fundamentales se erige como el mecanismo principal de protección de los derechos fundamentales, dejando al Recurso de Protección como una alternativa residual y excluyente, bastante inoperante por lo demás, si es que se tiene en cuenta el breve plazo establecido para su interposición”¹²⁰. La configuración del procedimiento de competencia del juez laboral que el trabajador puede activar en protección de ciertos derechos fundamentales, al igual que las otras acciones judiciales complementarias, será descrita minuciosamente en el último apartado de este capítulo. En fin, con la protección especial en la jurisdicción laboral de los derechos fundamentales del trabajador se hace valer la condición de persona en la empresa, la cual no puede ser ignorada ni marginada en ese ámbito jurídico, siendo ella una derivación de la supremacía constitucional.

Previa a la entrada en vigencia de la Ley que dio lugar a la reforma de la justicia laboral, el máximo Tribunal de Justicia chileno hace propia la doctrina de la Dirección del Trabajo sobre instalación de sistema de control por videocámaras, cuando decidió el Recurso de Protección No 5234, en su fallo del 5 de enero de 2006 y dispuso que *“dentro del recinto laboral, constituido por el ámbito de actividad propio de los empleados, los trabajadores tienen derecho a la privacidad o intimidad, manifestándose*

¹²⁰ (2011 p 94)

ello en el deseo de, como en el caso de autos, se mantenga la esfera laboral y sindical las actividades realizadas por ellos, sin que en él se permita la intromisión de terceros. Lo anterior puede ser compatibilizado con la existencia de un sistema de vigilancia y protección en el recinto laboral, pero éste no debe estar desviado de los fines que justificaron su instalación, que son sólo protección y seguridad empresarial” Se trata del primer pronunciamiento judicial que se refiere a los derechos fundamentales inespecíficos en dicho país, tal como ha destacado la doctrina científica.

Haciéndose eco de la jurisprudencia administrativa, la Corte Suprema había establecido que *“no es arbitraria ni ilegal la imposición por la Inspección del Trabajo de una multa al empleador que había ordenado la instalación en el lugar de trabajo de cámaras de video y audio con el solo fin de controlar a los trabajadores, afectando con ello su honra e intimidad, ya que ello constituye un control ilícito de los trabajadores, contrario al artículo 5 del Código de Trabajo”*, de conformidad con la sentencia del 25 de agosto de 2005. Una vez instituido el nuevo procedimiento de tutela laboral, mediante sentencia del 15 de junio de 2009, la Corte Suprema expuso al resolver el amparo No 3776 propuesto contra la Jueza de Trabajo de La Serena *“1º Que, uno de los pilares centrales de las modificaciones introducidas al Código de Trabajo por las leyes números 20 022, 20 023, 20 087, 20 260 y 20 287, se dirigieron entre otros aspectos, a remarcar la vigencia plena de los derechos que el trabajador detenta no sólo en tal calidad, sino también en su condición de persona, estableciendo aquello como eje fundamental en las relaciones laborales, creando nuevos procedimientos, más democráticos como se dijo en el proyecto, generándose al efecto el de tutela laboral”*

Frente a dicho escenario normativo, le correspondería a los especializados tribunales de justicia asumir un papel preponderante, en cuanto al reconocimiento de los derechos constitucionales en el concreto ámbito de las relaciones laborales, similar al desarrollado por la Dirección del Trabajo, cuya simbólica labor vino a inspirar los pronunciamientos a nivel jurisprudencial.

2.3 Elementos centrales de la doctrina de los derechos fundamentales en la empresa

De todo lo antes expuesto, se desprenden una serie de elementos que conforman la doctrina de los derechos fundamentales en el interior de la empresa, los cuales están entrelazados y serán estudiados desde una perspectiva comparada. Los tres elementos medulares que centran la atención, en este momento, envuelven la fundamentación, función e identificación de los mecanismos de ponderación de esta categoría de derechos humanos, aunque serán explicados en otro capítulo detalladamente.

El primer elemento concibe la dignidad humana como el antecedente filosófico de los derechos fundamentales. Así, estos derechos representan la expresión concreta y tangible de la dignidad humana que viene a quedar reflejada en casi todos los ordenamientos jurídicos. Si se analiza el concepto de los derechos fundamentales, desde el punto de vista histórico, se advierte que esta aseveración es correcta puesto que el fundamento de esta categoría de derechos se encuentra en ese valor supremo y axiológico del sistema normativo. Claro es que se trata de una manifestación del contenido axiológico o de la escala de valores que el ordenamiento jurídico tiene establecido para asegurar el respeto

de todas las personas, inclusive los trabajadores que también ostentan la condición de ciudadano

El segundo elemento reconoce que los derechos fundamentales que tienen vigencia al interior de la empresa operan como límites de los poderes empresariales. Dentro del marco de la relación de trabajo estos derechos actúan como frenos o muros frente a las facultades del empresario. Se trata de la función básica que cumplen los derechos fundamentales respecto de los poderes empresariales. Tanto los derechos fundamentales de la persona del trabajador como los poderes empresariales, ejercidos y manifestados en el contexto de las relaciones laborales donde intervienen como sujetos de derecho, tienen limitaciones o restricciones debido a la falta de jerarquización de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico.

El tercer elemento identifica la proporcionalidad como pauta directriz ante los conflictos de derechos fundamentales. Este criterio de interpretación utilizado frente a la colisión de los derechos fundamentales del trabajador y otros bienes constitucionales protegidos como la libertad de empresa, como es sabido, admite una división en sub-principios que han sido denominados así: el principio de adecuación, el principio de necesidad y el principio de estricta proporcionalidad. Con esta pauta se produce un sobrepesamiento de los derechos fundamentales que están enfrentados en el conflicto generados con la medida impuesta. Se trata del mecanismo destinado a lograr el equilibrio de los derechos fundamentales que tienen vigencia en el seno de la empresa, que resultan enfrentados en un momento determinado.

3. La eficacia de derechos fundamentales en las relaciones laborales y en la esfera privada: cuestión controvertida:

En los ordenamientos jurídicos donde aparecen contemplados los derechos fundamentales, como valores supremos del Estado, el tema de su eficacia constituye una parte controversial que viene a complementar las concepciones dogmáticas que giran en torno a su validez

Particularmente, queda centrada la atención en la tutela reforzada de los derechos y libertades fundamentales del trabajador, tomando en cuenta las consideraciones doctrinales y jurisprudenciales elaboradas bajo el esquema del derecho español y chileno, donde se implementaron mecanismos idóneos de protección procesal

Las garantías establecidas para hacer valer esos derechos, tanto en sede laboral como en la esfera privada, y consecuentemente a potenciar su reconocimiento y efectividad

3.1 Polémica diferenciada del ámbito de validez y diversidad de la esfera de protección

El ejercicio de los derechos fundamentales en las sociedades organizadas políticamente, está condicionado a la existencia de una serie de garantías o mecanismos capaces de hacerlos efectivos, al ser desconocidos o vulnerados por las actuaciones de los gobernantes como por los actos de los particulares. Por eso, se dice que no es suficiente el mero reconocimiento de los derechos fundamentales, sino que resulta necesario establecer medios eficaces para hacerlos valer o para que tengan una efectiva aplicación

En otras palabras, la plena vigencia de los derechos fundamentales requiere de mecanismos de protección, establecidos en los ordenamientos jurídicos, los cuales

impiden que ellos sean considerados meras entelequias o simple poesía. Tales mecanismos representan las técnicas que vienen a salvaguardar o asegurar la eficacia o efectividad de esa categoría de derechos. Cabe recordar que las denominadas garantías han sido concebidas como los mecanismos técnico-jurídicos que los ordenamientos tienen establecidos para la defensa de la integridad de los derechos fundamentales o para darle efectividad a su contenido y valor normativo, siguiendo otra terminología empleada en la doctrina científica¹²¹. Entonces, el reconocimiento de los derechos fundamentales se encuentra reforzado con garantías o tutelas que deben ser aplicadas por los operadores del derecho, cuando son ejercidas las acciones jurídicas frente a las violaciones o lesiones de esos derechos.

Es sabido que uno de los aspectos de mayor relevancia en los sistemas jurídicos es el relativo a los medios empleados para la defensa de los derechos fundamentales, los cuales eran oponibles solamente a los poderes públicos, pero que fueron extendidos al plano donde otros sujetos que también ostentan poderes jurídicos –sociales y económicos– como son los empresarios y empleadores, siendo un punto de preocupación y debate. Por tanto, la eficacia de los derechos fundamentales, en sede laboral y en la esfera privada, representa una cuestión controvertida que es vista como algo que complementa o completa la vigencia de esos derechos: su faceta previa, tanto en el continente europeo como en países latinoamericanos, requiriéndose un análisis del tratamiento normativo y jurisprudencial de este tipo de derechos.

¹²¹ Vid., las consideraciones de Alfredo Montoya Melgar, en su ensayo sobre ejercicio y garantías de derechos fundamentales en materia laboral, donde describe los tres niveles de protección constitucional de los derechos fundamentales: el primero, corresponde a los principios de política social y económica contenidos en el capítulo tercero, siendo la más débil protección, el segundo, comprende los derechos y libertades reconocidas en la sección segunda del capítulo segundo, cuya protección expresa y tácita puede obtenerse en el orden por razón del recurso de inconstitucionalidad y de los tribunales ordinarios mediante el procedimiento normal, y el tercero, relativo a los derechos consagrados en la sección primera del capítulo segundo que pueden ser tutelados por un procedimiento preferente y sumario, además por las garantías anteriores y por el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional (1979 p. 320).

Así, en la teoría de la *Drittwirkung der Grundrechte*, una de las cuestiones claves derivada de su complejo contenido es la relativa a la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales, conforme la polémica registrada tanto en la jurisprudencia como en la doctrina comparada. Esta parte de la problemática representa una constante en el ordenamiento europeo contemporáneo, al igual que en el continente latinoamericano donde ha sido trasladada, aun cuando su regulación ocurra de manera ordinaria o subsidiaria en las distintas jurisdicciones. Sobre este particular, se viene sosteniendo un criterio uniforme en la jurisprudencia española, tal como se verá enseguida.

Efectivamente, el Tribunal Constitucional Español en la Sentencia 26/87 de 27 de febrero advierte que las expresiones “ *derecho fundamental y garantía institucional no son categorías jurídicas incompatibles o que necesariamente se excluyan, sino que buena parte de los derechos fundamentales que nuestra Constitución reconoce constituyen también garantías institucionales, aunque, ciertamente, existan garantías institucionales, que, como por ejemplo la autonomía local, no están configuradas como derechos fundamentales. Podría, pues, eludirse el tema para dar respuesta a las impugnaciones concretas que hace el recurso, porque lo que la Constitución protege desde el ángulo de la garantía institucional es el núcleo básico de la institución, entendido, siguiendo la Sentencia de este Tribunal 32/1981, de 28 de julio, como preservación de la autonomía «en términos reconocibles para la imagen que de la misma tiene la conciencia social en cada tiempo y lugar» Y no es sustancialmente distinto lo protegido como derecho fundamental puesto que, reconocida la autonomía de las Universidades «en los términos que la Ley establezca» (art. 27.10 de la C. E.), lo importante es que mediante esa amplia,*

remisión, el legislador no rebase o desconozca la autonomía universitaria mediante limitaciones o sometimientos que la conviertan en una proclamación teórica, sino que respete «el contenido esencial» que como derecho fundamental preserva el art 53 I de la Constitución ” Las categorías jurídicas diferenciadas conceptualmente, pero compatibles entre sí, como son la validez y garantías de los derechos fundamentales, han sido identificadas acertadamente desde sus inicios por este Tribunal, por lo que no deben ser equiparadas o asimiladas ni mucho menos confundidas

En la Sentencia 51/88 de 22 de marzo, claramente se distingue la cuestión sustantiva y procesal, cuando fue determinado el alcance de uno de los mecanismos judiciales de tutela, al exponerse el razonamiento siguiente *“la construcción técnico-procesal del amparo en los arts 41 y 43 de la LOTC obliga, pues, a incluir este proceso en el marco del art 44, excluidos como están, directamente, del recurso de amparo los actos que no proceden de poderes públicos, ello no impide hablar de que estos actos de ‘particulares’ puedan suponer lesión de derechos fundamentales como los aquí aducidos pues tal es una forma de expresión que el propio legislador orgánico ha empleado a propósito de la libertad sindical, concretamente en el artículo 13 de la LOLS, pero, por las exigencias técnico-procesales referidas, el recurso de amparo sólo es viable si, en caso de lesión de la libertad sindical por persona o entidad privada, media un acto judicial que no repare las lesiones supuestamente verificadas (o si media acto de cualquier otro poder público reiterativo o no reparador de la lesión previa, si tal hipótesis de intervención de otro poder público que no sea el judicial se diera) ”*

En otra oportunidad, en la Sentencia 177/88 de 10 de octubre, se confirma la viabilidad del amparo en el caso de la violación de un derecho fundamental por un convenio colectivo, quedando éste como ordenamiento sustantivo sometido a su control, cuando se dispuso que: *“el amparo sólo puede promoverse en relación con actuaciones concretas de los poderes públicos [] que vulneren los derechos fundamentales de los afectados [] lo cual excluye que a través de esa vía procesal se inste un control abstracto y directo del convenio colectivo. Si bien, ello no constituye impedimento insalvable para el planteamiento de recurso de amparo frente a actos que tengan su origen en la negociación colectiva, o frente al mismo convenio colectivo, pues si alguno de esos actos hubiera ocasionado la lesión de algún derecho fundamental, el afectado por esa lesión podrá acudir a los tribunales ordinarios para que la reparen, y en el caso de que su demanda le sea negada, podrá ejercitar la correspondiente acción de amparo, una vez cumplido el trámite previsto en el artículo 44 de la citada Ley Orgánica. El recurso de amparo no puede excluirse cuando se trata de reaccionar frente a actos de los poderes públicos que, pese a su eventual contradicción con la Constitución, apliquen un convenio colectivo o le reconozcan validez en puntos que se opongan a ésta”*

Se observa que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español con atinados argumentos y ante aplicaciones diversas, separa ambos planos del problema de la *Drittwirkung* de los derechos fundamentales. La vertiente procesal de la problemática de los derechos fundamentales llega a ser planteada en la dinámica de las relaciones laborales, como bien ha descrito la doctrina científica

Conforme con esa diferenciación, Abdón Pedrajas Moreno, plantea que la efectiva vigencia de los derechos fundamentales del trabajador, está condicionada a tres elementos coadyuvantes “ las circunstancias socioeconómicas, la acción normativa del legislador ordinario y la labor de los jueces y tribunales al resolver los conflictos que surgen en esa materia”¹²² El tercer condicionante, la actuación jurisdiccional, viene a conformar la jurisprudencia cuyo contenido perfecciona el sistema jurídico y descansa sobre varias directrices como son la recepción de valores superiores o supremos, el carácter compensador o igualador de la normativa laboral que corrige las desigualdades materiales entre el trabajador y el empleador, la aceptación de la eficacia directa de los derechos fundamentales en las relaciones laborales o la aplicación inmediata de los derechos humanos constitucionalizados en las relaciones entre particulares y la vigencia de esa eficacia respecto no de alguno de ellos sino de todos al detectarse la vulneración de esta categoría de derechos que suele ser aplazada o diferida en el caso del trabajo de los penados La actuación jurisdiccional concebida de esa forma, a mi juicio, entraña la protección de los derechos fundamentales de la persona del trabajador

Para que los derechos fundamentales de la persona del trabajador sean resguardados, y no se queden en la puerta de la fábrica sino que ingresen junto con aquél en el interior de ésta, se requiere del establecimiento de un cauce procesal específico Siguiendo ese autor la protección procesal de los derechos fundamentales del trabajador se justifica debido a “ circunstancias diversas, entre ellas, la exclusiva misión del juzgador laboral al conocer todos los conflictos derivados de la normativa que rige las reglas de la dinámica del contrato de trabajo, la falta de tradición en el orden jurisdiccional social de la

¹²² (1992 pp 48-98)

aplicación directa de las normas constitucionales tuteladoras de los derechos fundamentales de la persona y, obviamente, la inexistencia dentro del ordenamiento procesal laboral de un procedimiento de protección y tutela de los derechos fundamentales en el ámbito de las relaciones laborales”¹²³ El procedimiento establecido en la LPJDFP y LPL, como modalidad procesal diferenciada, está provisto de dos importantes garantías o exigencias, la preferencia y la sumariedad, apareciendo la llamada tutela judicial de los derechos fundamentales laborales. Así, los derechos fundamentales del trabajador, estrictamente personales calificados por otro tratadista español como inespecíficos, encuentran su protección procesal en el ámbito jurisdiccional laboral, más que su justificación o validez en el contexto de las relaciones de trabajo. Es obvio que se distinguen la esfera de protección de la problemática acerca de la extensión o vigencia de los derechos fundamentales.

Previo al estudio y desarrollo de la forma de revisión o impugnación de los convenios colectivos mediante el recurso de amparo, al referirse a esa diferenciada relación Joaquín García Murcia, la puso de manifiesto cuando dijo que “junto a los problemas interpretativos, y las consiguientes controversias doctrinales, que ha originado la cuestión relativa a la incidencia de los derechos fundamentales en el ámbito de las relaciones privadas, se alza la dificultad de determinar los medios de carácter jurisdiccional que el ordenamiento proporciona para su efectiva protección en este terreno”¹²⁴. Tras aceptar que los mecanismos especiales que son operados para garantizar los derechos fundamentales frente a los poderes públicos tienen cabida en el ámbito de

¹²³ (Ibíd., pp 99-100)

¹²⁴ (1994, pp 184-185)

las relaciones entre particulares, dicho autor destaca que entre los medios de tutela se encuentran. “el procedimiento jurisdiccional de protección de derechos fundamentales previsto en la Ley 62/78 de 26 de diciembre –posteriormente completado, por lo que atañe a los actos procedentes de las relaciones de trabajo, por las previsiones de la Ley de Procedimiento Laboral de 1990-, y el recurso de amparo ante el TCo”¹²⁵ De acuerdo con esa normativa, claro está, la vía jurisdiccional dependerá de la naturaleza del acto que se pretenda impugnar y del ámbito en que dicha actuación presuntamente lesiva del derecho tenga origen

Sin perjuicio del régimen jurídico indicado, según el citado autor, se “contemplan expresamente tres garantías jurisdiccionales. penal, para hacer frente a los delitos cometidos contra los derechos fundamentales, contencioso-administrativa, para la impugnación de los actos de la Administración pública sujetos a Derecho administrativo que afectan derechos fundamentales, y civil u ordinaria, para encauzar reclamaciones relativas a los derechos fundamentales no comprendidas en las vías anteriores, tanto la vía penal como la civil pueden utilizarse para la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales frente a eventuales lesiones originadas por actos privados Virtualidad similar ha de reconocerse al procedimiento especial incluido en la Ley de Procedimiento Laboral de 1990 que contiene el diseño de un mecanismo para garantizar la eficacia de tales derechos en el ámbito de las relaciones privada, precisamente en el contexto de las relaciones de trabajo”¹²⁶ Finalmente, esta normativa que es puesta en marcha por los trabajadores o sindicatos se extiende a las demandas que pretendan la tutela de cualquiera

¹²⁵ (Ibid p 185)

¹²⁶ (Ibid p 185)

de los derechos fundamentales y, obviamente, su aplicación le corresponderá a los tribunales del orden jurisdiccional social

La peculiaridad de los mecanismos procesales que tutelan los derechos fundamentales del trabajador, es necesaria, si se tiene como punto de partida indudablemente la vigencia de éstos derechos en el ámbito de las relaciones jurídico-laborales, máxime ante la afirmación de la eficacia horizontal de los mismos en una relación de intercambio de trabajo por salario, entre sujetos antagónicos—empleador y trabajador-, y dada la desigual posición jurídica y socioeconómica que ambos ocupan en el contrato de trabajo. Se sostiene que los derechos laborales elevados a nivel constitucional que operan como contrapoderes y únicamente encuentran su sentido y explicación en el ámbito de las relaciones laborales (así los derechos de libertad sindical, huelga y negociación colectiva) y aquellos vinculados a la persona del ciudadano-trabajador (como su derecho de igualdad y no discriminación, libertad ideológica, derecho al honor, a la intimidad personal y a la propia imagen, libertad de expresión, entre otros) merecen contar con medios que aseguren su eficacia.

Tomando en cuenta la anterior reseña, se aprecia la necesidad de habilitar instrumentos específicos de protección y la íntima conexión existente —y que debe mantenerse— entre las normas sustantivas y procesales laborales. José Antonio Baz Tejedor, resalta que “el mero reconocimiento de los derechos fundamentales se convierten en pronunciamientos programáticos o bienintencionados si no existen mecanismos eficaces que aseguren su ejercicio real”¹²⁷. Como se trata de un problema jurídico, más que filosófico, la vigencia

¹²⁷ (2006 p 27)

de los derechos fundamentales laborales no debe perder de vista su tutela judicial dentro del ordenamiento jurídico laboral, mediante la inclusión de mecanismos especiales de protección. Esas consideraciones justifican el particularizado desarrollo de la garantía jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona del trabajador.

Aun cuando el campo propicio y adecuado para la aplicación de la teoría de los efectos frente a terceros de los derechos fundamentales, es el ámbito laboral, otros autores españoles han reconocido la *Drittwirkung der Grundrechte*, en esferas distintas, identificando ambas caras de esa problemática y aceptando que están entremezcladas o conectadas desde una perspectiva filosófica y metodológica. Cuando presentan los diversos argumentos que vienen a sustentarlas en otros ordenamientos jurídicos, se advierte que una cosa es el ámbito de aplicación y otra muy distinta es el escudo de protección, quedando sumergida dentro de ésta sus garantías diversas.

Efectivamente, Juan Bilbao Ubillos afirma que “el ámbito y alcance de los derechos fundamentales que es, en rigor, la cuestión de la *Drittwirkung* es el punto que puede y debe separarse de la competencia de los órganos juzgadores de sus violaciones”, ya que no es lo mismo “el ámbito subjetivo de aplicación de un derecho y los medios técnicos que se arbitran para protegerlo, esto es, las técnicas articuladas para la protección de un derecho son una cuestión adjetiva, formal, que presupone configuración inequívoca del derecho protegido, mientras que la determinación del círculo de sujetos dentro del que es

efectivo un derecho forma parte de la operación de configuración del propio derecho, y es independiente de los medios de tutela”¹²⁸.

Por su parte, Javier Jiménez-Campo, coincide en que "no es el Derecho procesal, sino, en su caso, el Derecho sustantivo, el que puede crear *Drittwirkung*"¹²⁹, después de recordar que no existe derecho sin remedio jurisdiccional, aunque de esto último o la garantía jurisdiccional cualificada no depende la fundamentalidad de los derechos. Por ello, afirma que la existencia de una vía procesal nada dice, en sí misma, sobre la entidad y contornos, en tal ámbito, de derecho fundamental. Implícitamente se aprecia el distingo entre las normas de validez y de eficacia de los derechos fundamentales. Se comete un grave error cuando las expresiones validez y eficacia de los derechos fundamentales son asimiladas o tratadas como una misma problemática, siendo cuestiones distintas desde la perspectiva de la metodología jurídica¹³⁰.

El constituyente Gregorio Peces-Barba Martínez, ya fallecido, sostuvo que “la extensión de los derechos fundamentales en las relaciones de Derecho privado no es un problema de eficacia, sino de validez. Se trata en efecto del ámbito de validez personal de los derechos de los titulares de los mismos y de la validez material, es decir, de las relaciones jurídicas a las que se aplican. No se debe hablar tanto de eficacia frente a terceros, lo que no es correcto, sino de ámbito de validez de los derechos fundamentales extendido a

¹²⁸ (1997 pp 78-79)

¹²⁹ (1999 81-96)

¹³⁰ Al respecto, vid., las anotaciones de Ignacio Gutiérrez Gutiérrez, cuando precisa que la distinción escrupulosa entre el ámbito de la *Drittwirkung* y el amparo constitucional, impecable desde el punto de vista de la lógica, termina siempre siendo suspendida, pues se otorga primacía argumentativa al problema procesal y considera la cuestión sustantiva en la categoría de perjuicios. Y metodológicamente razonable, excluir el conocimiento de los problemas de *Drittwirkung* del ámbito del recurso de amparo, supone prescindir del problema competencial, y reconocer que los temas de *Drittwirkung* no se resuelven sin más, pues presuponen una decisión que sólo puede corresponder al Tribunal Constitucional como intérprete supremo de la Constitución y no a la jurisdicción ordinaria, convierte el amparo constitucional en indispensable presupuesto procesal para que la *Drittwirkung* misma exista, sin él no podría haber decisión del Tribunal Constitucional que la concediera, ni podrían los jueces ordinarios reconocer la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares (1999 p 196)

todas las relaciones jurídicas. La confusión se ha producido porque se ha identificado un problema de validez, extensión de los derechos al conjunto del ordenamiento frente a la tesis de que no son aplicables en el ámbito del Derecho privado, con un problema de eficacia, de carácter procesal, como es la utilización del recurso de amparo para proteger los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares, vinculado, a su vez, a otro de carácter previo y más general sobre la idoneidad de un recurso ante el Tribunal constitucional para garantizar los derechos fundamentales. En este caso se pueden distinguir claramente los dos temas, validez y eficacia, y una posición realista que los identifique es poco convincente”¹³¹

Entonces, se desprende que tales conceptos jurídicos o criterios de valoración de la norma jurídica, según la terminología de Norberto Bobbio¹³², no deben ser confundidos, pues la validez alude a la existencia de las normas y relaciones a las cuales se les aplica y, por su parte, la eficacia se refiere a los medios o formas de protección de los derechos establecidos en esas normas o derivados de las relaciones jurídicas, cuando son vulnerados o desconocidos los derechos contemplados.

La existencia de un derecho y sus garantías, es motivo de distinción por Luigi Ferrajoli¹³³, quien discrepa de la identificación conceptual que se hace cuando es revelada y correspondida la importancia de las garantías, entendidas como deberes correspondientes o correlativos a las expectativas positivas atribuidas a un sujeto por una norma jurídica (derechos subjetivos), dictados por la misma que pueden ser obligaciones

¹³¹ (2004 p 334)

¹³² (1992 pp 20-38)

¹³³ (1999 pp 59-65)

o prohibiciones (garantías primarias) e incluso obligaciones de segundo grado, donde se aplican sanciones o declaran nulidades por violaciones de las primeras (garantías secundarias)

Por ello, es posible sostener que el sistema de garantías judiciales e institucionales de los derechos fundamentales, constituye un requisito distinto y conexo al supuesto técnico jurídico general de positivización, mediante el cual se dota de eficacia real a esos derechos. Esta diferenciada problemática, operada primero en el contexto de las relaciones laborales y luego en el ámbito privado, es enfocada con la misma perspectiva por la mayoría de la doctrina científica latinoamericana¹³⁴. Sin garantías o medios de protección los derechos fundamentales no tendrían sentido, y su cobertura o reconocimiento en los ordenamientos jurídicos quedaría inconclusa o comprometida, por lo que no podría hablarse de plena vigencia de los derechos fundamentales. Es decir, que la falta de mecanismos procesales de protección de esos derechos equivale a su no reconocimiento jurídico.

El problema de la protección de los derechos fundamentales surge cuando esos derechos son vulnerados, desconocidos o violados, por los sujetos que están obligados a respetarlos.

¹³⁴ Antes de referirse a los mecanismos defensivos de los derechos fundamentales frente a particulares, existentes en su país a nivel interno e internacional, Roberto Rodríguez Meléndez estima conveniente aceptar "la separación entre el contenido de un derecho y su escudo de protección, pues el primero corresponde a la formulación o plasmación de los derechos en aquellas relaciones jurídicas y el segundo a las garantías frente a las vulneraciones que puedan sufrir esos derechos", equiparándose esa terminología a los ámbitos de validez y eficacia de tales derechos como precisa la doctrina española (1997 pp 1-13). Tras la delimitación de la problemática acerca de la extensión de la eficacia de los derechos fundamentales a las relaciones de los ciudadanos entre sí, Alexei Julio Estrada, también distingue la cuestión procesal que envuelve la posibilidad de hacer exigibles judicialmente tales derechos, debido a la dimensión de su vertiente subjetiva, cuando enfatiza que resulta necesaria una "redefinición de las relaciones entre los tribunales ordinarios y la jurisdicción constitucional" (2001 pp 167-214). También Javier Miyangos y González identifica "la cuestión de validez como un problema sustantivo y, por el otro lado, la cuestión relativa a la eficacia de los derechos fundamentales, esto es, la procedencia de la garantía judicial correspondiente ante eventuales violaciones procedentes de un particular, como un problema procesal". Agrega que la fórmula cerrada de los derechos fundamentales como límites frente al poder, supone un problema de construcción, y las garantías judiciales que puedan ser accionadas ante las violaciones por un particular, implica un problema de protección", evidenciándose la complejidad del tema (2007 pp 104-207).

dentro de la relación jurídica correspondiente. Se trata de una cuestión que implica la utilización de instrumentos procesales o mecanismos técnicos para salvaguardar o reivindicar los violados derechos fundamentales. En tanto, el problema de construcción o de extensión de los derechos fundamentales tiene que ver con el alcance y validez de esos derechos en todas las esferas del ordenamiento jurídico o, mejor dicho, alude a la incidencia en las relaciones jurídicas distintas a las amparadas por el derecho público, es decir, que los derechos fundamentales puedan ser esgrimidos en el contexto de las relaciones de trabajo y también en el ámbito de las relaciones privadas debido a su reconocimiento dentro del sistema normativo. La eficacia de los derechos fundamentales evita que esta categoría especial de derechos humanos queden reducidos a una mera entelequia o sean considerados simple poesía.

Una vez aclarado este punto controversial, dejo plasmada mi posición sobre este complejo tema, que fuera adelantada, sin haberla explicado debido a que estaba reservada para este espacio. Así las cosas, estimo que esta categoría de derechos, al igual que los otros derechos reconocidos en los sistemas normativos, requieren de mecanismos procesales para hacerlos valer dentro del entorno de las situaciones donde tienen cabida según el ordenamiento jurídico, lo cual constituye una de las hipótesis centrales de esta investigación, por lo que comparto las autorizadas consideraciones doctrinales y las observaciones de la jurisprudencia española, respecto de la diferenciada relación entre la validez y garantías de derechos fundamentales.

Como instrumentos de protección de los derechos fundamentales, dirigidos a darle efectividad o plena eficacia a tales derechos, doctrinalmente se reconoce un triple

resguardo jurídico o, más bien, tres escudos diferentes que son utilizados dentro de la batalla emprendida donde se defienden los derechos y libertades públicas. Dentro del ordenamiento jurídico de su país, Antonio Pérez Luño, identifica las “garantías normativas, jurisdiccionales e institucionales”¹³⁵. Se delimitan mutuamente estos tres grandes bloques de garantías constitucionales de los derechos fundamentales, aun cuando los presupuestos económicos y sociales condicionan la realización de los derechos supremos, junto a la garantía política que cumpla el Estado de Derecho.

Cuando se explican y describen esos diversos instrumentos, se advierte que las garantías normativas comprenden disposiciones encaminadas a asegurar el cumplimiento de los derechos fundamentales para evitar su modificación y velar por la integridad de su sentido y función, lo cual se logra a través de distintos medios, tales como la fuerza vinculante de la normativa constitucional, el sistema rígido de modificación de la Constitución, y la vía legislativa que deberá garantizar la integridad del significado y la función de los derechos fundamentales, pues es obligación del legislador de salvaguardar la institución de los derechos fundamentales definida por el conjunto de la normativa constitucional y las condiciones histórico-sociales.

En tanto, que las garantías jurisdiccionales aplicables a todos los derechos e intereses, conocidas como genéricas, y aquellas que corresponden a los derechos fundamentales, llamadas específicas, comprenden el recurso de inconstitucionalidad, el amparo judicial ordinario que tutela los derechos y libertades mediante un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad, el recurso de amparo que cuenta con mayor grado

¹³⁵ (2013 pp 64-102)

de especificidad, el recurso de *habeas corpus* dirigido particularmente a la libertad personal.

Y, finalmente, las garantías institucionales están conformadas por las autoridades establecidas para cumplir con determinadas funciones vitales en la sociedad ejecutando los medios de control parlamentario de la acción del gobierno, la iniciativa legislativa popular y el defensor del pueblo que tiene la misión de resguardar todos los derechos fundamentales y puede interponer los recursos de inconstitucionalidad y amparo como portavoz de derechos individuales y colectivos

Todas esas garantías junto con el Tribunal Constitucional han sido reconocidas en distintos ordenamientos jurídicos, tal como puede verse por ejemplo en el régimen español, el derecho colombiano y la normativa chilena. Se activan y ponen a prueba, cuando los derechos fundamentales resultan violados o lesionados, dando lugar a la aplicación de las normas que protegen dichos derechos, al momento de ser ejercidas las tutelas o acciones defensivas respectivas

3.2 Procedimiento especial de tutela laboral y las acciones constitucionales como garantías indispensables para el disfrute de los derechos fundamentales del trabajador en el derecho extranjero

Desde una perspectiva comparada, cuando se produzca una vulneración o lesión de los derechos fundamentales del trabajador, dicho sujeto podría asegurar la vigencia y eficacia del ordenamiento constitucional dentro del contrato de trabajo, acudiendo a la justicia laboral y constitucional, mediante el ejercicio de acciones concretas que están sujetas a procedimientos sumarios y preferentes. Tales acciones legales y constitucionales

conforman la denominada tutela reforzada, expresión de la doctrina comparada, identificada como uno de los contenidos esenciales de derechos fundamentales. En otras palabras, el disfrute de los derechos fundamentales del trabajador viene a lograrse por medio del ejercicio de acciones contempladas en la normativa infraconstitucional y constitucional, las cuales pueden ser entabladas ante la justicia social o laboral y las máximas autoridades jurisdiccionales de acuerdo con el sistema jurídico de cada país.

Ahora cabe hacer mención de la mecánica que opera en el régimen español, pionero en la tutela judicial de los derechos fundamentales, el cual viene orientando los ordenamientos jurídicos adoptados con posterioridad, debido a su novedad y efectividad, pese a las dificultades e interpretaciones diversas que aparecieron con el tiempo. Seguidamente, se hace una breve reseña de la modalidad procesal específica diseñada para la tutela de los derechos y libertades públicas del trabajador prevista en España.

El establecimiento de un cauce procesal específico para la protección de los derechos fundamentales en el ámbito jurisdiccional laboral, ha sido una propuesta seguida por la mayoría de la doctrina española¹³⁶, y compartida por Abdón Pedrajas Moreno, quien justificó la inserción de un procedimiento específico para la tutela de los derechos fundamentales, toda vez que había "una escasa protección en la jurisdicción laboral ordinaria a estos derechos y libertades públicas del trabajador, especialmente cuando éstos no tenían específico contenido laboral, obedeciendo al hecho que pudiera ser cuestionable la aplicabilidad directa por el orden jurisdiccional social de los preceptos

¹³⁶ Valdes Dal Ré, Fernando, al referirse a esta necesidad, " hizo notar que el procedimiento aplicable debía ser el que resultase mas acorde con el contenido de la cuestión jurídica controvertida, y también hizo primar un aspecto accesorio, privando de entidad procesal a las demandas sobre tutela de derechos fundamentales, por más que, en su última etapa, el TCT se esforzase por hacer compatibles las reglas del proceso laboral ordinario con las exigencias del proceso de tutela de derechos fundamentales" (1987)

constitucionales correspondientes"¹³⁷. Se arribó a esta conclusión, ya que dentro del ordenamiento procesal laboral no existían reglas adjetivas específicas que canalizasen el procedimiento para la protección y tutela de los derechos fundamentales en el ámbito de las relaciones laborales; debido a la falta de tradición en el ámbito jurisdiccional, en general, y específicamente en el orden jurisdiccional social, de la aplicación directa de la normas constitucionales tuteladoras de los derechos fundamentales de la persona, dado el carácter programático atribuido a ellas durante el régimen autoritario, y dada la misión asignada a los juzgadores laborales, consistente en conocer y decidir los conflictos que surgen dentro de la rama social del Derecho, o interpretar la normativa laboral aplicable a la dinámica del contrato de trabajo. Entonces, esa necesidad de establecer un cauce de tutela jurisdiccional de los derechos fundamentales en el ámbito social, vino a convertirse en un imperativo ante la laguna o vacío legal existente en la Ley 62/78 y demás normas posteriores¹³⁸.

Como quiera que en la Ley Orgánica 11/85, de 2 de agosto, ni en las LPL y LPJDFP, no existía la menor referencia directa a la modalidad procesal que estableciera aplicación a la tutela de derechos fundamentales y libertades públicas distintas de la libertad sindical, la regulación de la tutela de los derechos fundamentales en el ámbito laboral, creada principalmente para la defensa de la libertad sindical, introdujo una serie de garantías o especialidades que como dijo el citado autor " no tienen idéntica significación, pues mientras que en general casi todas ellas son aplicables a todo proceso de amparo

¹³⁷ (1992 p 100)

¹³⁸ Con acierto, se expuso la conveniencia de establecer una tutela de los derechos fundamentales de la persona del trabajador, considerando que el procedimiento contemplado en Libro II Título II, Capítulo XI (arts 177 a 184), y las disposiciones bajo la vigencia del LPL/1995, resultaba aplicable a un objeto limitado, por lo que estaba confinada su cobertura jurídica, o que era infrecuente en la práctica forense recurrir a este procedimiento por la sola invocación de la lesión de un derecho fundamental distinto a la libertad sindical, según Aurelio Desdentado Bonete (1996 1529)

ordinario, con independencia de cuál sea el concreto derecho fundamental que específicamente haya sido objeto de vulneración, sin embargo alguna de ellas hay que entenderla referida solamente a esta modalidad procesal cuando el derecho cuya tutela se impetra sea precisamente la libertad sindical, pero sin que pueda entenderse extensible a situaciones referidas al amparo de los restantes derechos fundamentales¹³⁹. Tales garantías se refieren a la intervención del Ministerio Fiscal, la posibilidad de suspensión de los efectos del acto impugnado, el establecimiento de reglas específicas en cuanto a la carga de la prueba, el alcance amplio del contenido del fallo -que va desde la declaración de la nulidad radical del acto determinante de la conculcación hasta la reparación de todas sus consecuencias, incluyendo imponerse una indemnización-, y la participación del sindicato como coadyuvante del trabajador cuya libertad sindical ha sido violentada

Entonces, con razón, se ha dicho que la LPL opta por un modelo dualista, lo que implica que no hay un proceso único de protección de los derechos fundamentales laborales, pues existen dos modalidades de amparo ordinario que cumplen con las notas de preferencia y sumariedad, pero se diferencian en su objeto limitado una y no limitado la otra

José Antonio Baz Tejedor, detenidamente examina las peculiaridades técnicas de la tutela jurisdiccional de los derechos fundamentales, válidos en el marco de las relaciones laborales, las cuales se incorporaron de manera tardía al ordenamiento jurídico español, en 1990, después de la labor integradora de la jurisprudencia constitucional. Efectivamente, advino la Ley 62/78 de 26 de diciembre, pero con graves insuficiencias y carencias en su regulación, entre ellas no se dio cobijo a todos los derechos y libertades

¹³⁹ (Op. Cit. p 128)

enunciados en el artículo 53.2 CE que constituyen los bienes jurídicos objeto de protección en la LPJDF, sino sólo a un grupo limitado de ellos; y con ausencia de garantía jurisdiccional en el ámbito social, pues únicamente se previó tres mecanismos procesales específicos de protección, referidos a los órdenes jurisdiccionales penales, contencioso-administrativo y civil. Por tanto, “se justificaba la inclusión de un proceso de trabajo como cauce natural de protección de los derechos fundamentales laborales, al no haberse contemplado en la Ley 62/78 una protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona en la jurisdicción laboral”¹⁴⁰. Con esa modalidad procesal se puso fin a los avatares acerca de la integración de la tutela judicial específica de derechos y libertades fundamentales en el proceso de trabajo, estableciendo un procedimiento especial, declarativo y plenario, de objeto limitado, acompañado de una determinada tutela cautelar y alguna previsión en cuanto a la ejecución con lo cual fue suplido el vacío normativo de la LPJDF¹⁴¹.

Al quedar plantada la posibilidad de reivindicar derechos fundamentales laborales en la jurisdicción social, se desprende que la competencia del juez de lo social queda delimitada, teniendo que destacar las peculiaridades de los mecanismos de defensa.

¹⁴⁰(2006: pp.52-53)

¹⁴¹ Queda subsanada la falta de desarrollo normativo, en la LPJDF, siguiendo la doctrina y jurisprudencia constitucional, cuando fue instituido el amparo laboral, catalogado por Pablo Morenilla Allard, como “un proceso especial por la particularidad litigiosa destinado a la salvaguarda de los derechos constitucionales previstos en los artículos 14 a 29 y 30.2 CE” (2007: p.). Según su configuración se autoriza a los trabajadores o sindicatos a que activen ese amparo, cuando sus derechos fundamentales hayan sido conculcados por el empresario dentro de un conflicto de naturaleza laboral, sea individual o colectivo. Su utilización alternativa o sucesiva, alcanzado también la aplicación de su carácter simultáneo, ha generado fuerte discusión o un constante debate hasta que la jurisprudencia se pronunciara sugiriendo una posición para una eventual reforma legislativa. La triple solución al problema de la determinación del procedimiento aplicable, debería decantarse por la posibilidad alternativa, según la propuesta del TC, en Sentencia 116/01 de 21 de mayo, cuando precisa que “...las eventuales lesiones de derechos fundamentales deban ser canalizadas exclusivamente a través de esta modalidad procesal. En concreto, el procedimiento ordinario no tiene esa limitación de objeto de conocimiento ni de pronunciamiento judicial, uno fundamental que posiblemente serían inviables en el limitado cauce de la modalidad anteriormente mencionada. De esta forma, y según el alcance de lo pretendido, el demandante optará por uno u otro procedimiento”. Este criterio reina en la actualidad, tras aceptar que el proceso laboral era el cauce idóneo en la jurisdicción ordinaria para la tutela de los derechos fundamentales del trabajador, aunque en la regulación –LPL- existan tres preceptos importantísimos, a saber: los artículos 176, 181 y 180, siendo contradictorios los dos primeros y el último contentivo del carácter mixto de la pretensión del amparo laboral.

Originalmente, el procedimiento destinado a la salvaguarda de las libertades y derechos fundamentales de carácter laboral, vino a ser regulado en la ley procesal laboral, a partir del artículo 174 a 181 de la reformada Ley 62/78, siendo corrida dicha numeración en 1995 De acuerdo con la correspondiente ordenación normativa, los artículos 175 a 182, referidos a la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona del trabajador, se dispuso la legitimación, activa y pasiva, la tramitación sumaria y preferente, el debilitamiento de la carga probatoria del demandante y la manera cómo debe ser reparado el derecho fundamental cercenado

Una parte de los rasgos distintivos de este cauce procesal específico puede resumirse como queda precisado seguidamente

En cuanto a intervención de sujetos procesales distintos de aquellos titulares de la acción que puede ejercitarse ante la vulneración de los derechos individuales derivados de la libertad sindical fue permitida la participación de las organizaciones sociales, pero negada su injerencia en las pretensiones de tutela del resto de los derechos fundamentales, esto es, admitida su intervención cuando se tutela la libertad sindical no así en el resto de los derechos fundamentales, y también se acepta que el Ministerio Fiscal tenga la condición de parte procesal dentro de este cauce específico de protección dado se configura como un garante institucional de los derechos fundamentales de los ciudadanos.

Con respecto a la dimensión objetiva se observa que el objeto procesal queda limitado, ya que las cuestiones litigiosas se circunscriben principalmente a la libertad sindical, entendiéndose aspectos como su carácter optativo y adecuada tramitación al igual que las

singulares exigencias de la demanda, lo cual viene dado por la vigente configuración jurídica que no está exenta de inconvenientes ni de variadas interpretaciones, pues se sostuvo en su momento que este mecanismo no operaba para la tutela del resto de los derechos fundamentales del trabajador, habiéndose aclarado por la doctrina y jurisprudencia española. La sustanciación se desarrolla de forma rápida y preferente, elementos constitucionales plasmados en la normativa legal, como parte de la tutela declarativa que es extendida a las fases cautelar y ejecutiva del cauce específico.

En la búsqueda de una eficaz tutela judicial de los derechos fundamentales, en sede laboral, igualmente ha contribuido la regla sobre el debilitamiento de la carga probatoria del demandante, contenida en los artículos 96 y 179.2 LPL, donde se dispuso que el trabajador tendría que aportar un indicio razonable de la lesión de sus derechos y libertades fundamentales, mientras que al empleador como parte demandada le recaería la carga de probar que su medida fue justificada y no había razón alguna para la violación del derecho o libertad fundamental postulado; por tanto, se vino a paliar la dificultad en la actividad probatoria que frecuentemente acompaña al trabajador que acude a reclamar sus derechos en un proceso laboral.

Por último, el amparo requerido se concreta cuando el fallo es dictado, estimando la pretensión procedente y disponiendo la restauración del derecho fundamental conculcado junto con la reparación correspondiente, esto implica que el contenido del pronunciamiento judicial es complejo y envuelve la denominada tutela de anulación, de reposición y de reparación; o sea, se declara la nulidad del acto lesivo de los derechos

fundamentales y se restablecen los mismos, a la par que se condena o impone el pago de una indemnización que comprenderá los daños materiales y morales.

Interesa resaltar que la tutela declarativa de los derechos fundamentales del trabajador se completa con la tutela cautelar y ejecutiva, pues con éstas se anticipa la efectividad del pronunciamiento declarativo y se reservan los medios para la ejecución ante la ausencia de cumplimiento voluntario. Estas últimas tutelas hacen parte integral de la potestad jurisdiccional que otorgan los jueces y tribunales en el sistema de justicia, y aunque busquen hacer una realidad el mandamiento obtenido, la regulación contemplada en la LPL ha tenido sus desajustes y tropiezos frente al resto del ordenamiento procesal español, tal como fue descrito en la investigación comentada y cuyo estudio excede los límites de este trabajo.

Ese mecanismo procesal deviene de las experiencias prácticas sacadas de la jurisprudencia y de la iniciativa del legislador, dando lugar a un modelo dualista, calificado así porque tiene una “naturaleza híbrida y comporta una diversificación en la protección judicial de los derechos fundamentales laborales”¹⁴². No solo se justifica las peculiaridades descritas, sino que se cuestiona el polémico artículo 182, cuyo contenido no está exento de dificultades e inconvenientes, pese a que el texto que lo contempla instaura la tutela judicial de derechos fundamentales del trabajador. Por tanto, se propone que el procedimiento sea reformado e instaurado un modelo monista con mecanismos adecuados y peculiares, inclusive, superando el modelo dualista. Según el planteamiento expuesto queda reforzado el control judicial aplicable cuando se producen las lesiones de

¹⁴² (Op. Cit.: pp. 286 y 295).

los derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador, mediante distintos actos del empresario, quedando confrontados los poderes empresariales y esos derechos ambos reconocidos en la normativa constitucional e infraconstitucional.

De manera coincidente, María Luisa Segoviano Astaburuaga, recuerda que “el período transcurrido hasta que se introdujo la modalidad procesal de tutela de derechos fundamentales fue colmado por la integración realizada por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, en orden a reconocer a la jurisdicción laboral la competencia para conocer de esos procesos, precisamente por razón de la materia”¹⁴³. No es sino hasta la Ley 7/89, del 12 de abril sobre las Bases del Procedimiento Laboral, cuando se regula la modalidad específica para la tutela de los derechos fundamentales. Ello se produjo al admitir que la única vía de acceso para pedir el amparo judicial de los derechos fundamentales del trabajador, es el proceso laboral, activado ante la vulneración de dichos derechos en ese ámbito jurídico.

En efecto, la regulación prevista en los artículos 175-182, dentro del capítulo XI, del Título II, Libro II del Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral, se aplica a esta modalidad de tutela jurisdiccional reforzada.

Como fue anotado ya, según esa normativa, es permitida la intervención del Ministerio Fiscal –para la depuración de las conductas delictivas que atenten contra los derechos fundamentales-, como sujeto con legitimación activa, al igual que el trabajador y el sindicato, quedando con legitimación pasiva el sujeto que lesiona el derecho fundamental que puede ser el empleador, la asociación patronal, la administración pública o cualquier

¹⁴³(2008: p.769).

otra persona; el objeto de este proceso se ciñe o constriñe a la lesión de los derechos fundamentales; la actuación procesal está sujeta a términos cortos, teniendo el juez que sustanciarlo con carácter sumario y preferente, pues se le otorga prioridad a estas causas; en relación a la prueba, el demandado está obligado a aportar la justificación objetiva y razonable de la medida acusada de haber conculcado el derecho fundamental; la sentencia es dictada después de celebrarse la audiencia, debiendo contener siempre la declaratoria de la existencia de la vulneración escrutada, al igual que la declaratoria de la nulidad de la conducta del empleador, la orden del cese inmediato del comportamiento que infringe o vulnera el derecho fundamental restaurado, la reposición de la situación al momento anterior y la reparación de las consecuencias derivadas del acto, incluyendo la indemnización que corresponda.

Tanto el elemento culpabilístico de la conducta lesiva del derecho fundamental como la reparación de la situación al momento anterior de la vulneración, constituyen las cuestiones más delicadas, aunque tenga que hacerse abstracción del grado de culpabilidad y reponerse la situación al estado original, previa la declaratoria de nulidad y cese inmediato de la conducta violatoria de los derechos fundamentales, así como establecerse la reparación respectiva que incluye la indemnización por los daños materiales y morales. La indemnización que se establezca deberá considerar los supuestos en los que no sea posible reponer la situación al momento anterior, al producirse la afrenta del derecho fundamental, que son dos: uno, cuando la situación materialmente resulta irreversible o imposible y, el otro, cuando podría ser afectada la seguridad jurídica y la buena fe de

otras personas. Entonces, a veces es imposible reponer las cosas al estado original, que es el efecto natural de la nulidad de la medida empresarial adoptada.

Tras reconocer un estatus de libertad, igualdad y dignidad del trabajador, frente al ejercicio del poder privado, como una de las funciones de la teoría de la *Drittwirkung*, Rafael Sarazá Jimena se ocupa del “proceso especial de protección de los derechos fundamentales, surtido ante la jurisdicción social, introducido con la Ley 7/89, de 12 de abril con las Bases de Procedimiento Laboral, por razón de los problemas interpretativos y las omisiones de la Ley 62/78 y el Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral de 1980”¹⁴⁴. Con ello se ratifica que dicha Ley –la primera- no contenía garantía laboral específica para la protección de los derechos fundamentales en el ámbito de las relaciones laborales. Si bien se limitó la tutela de la libertad sindical como derecho fundamental típico, en la otra ley, el texto refundido de 1990, lo hizo extensivo a la totalidad de los derechos fundamentales que pudieran ser lesionados en el marco del contrato de trabajo.

La modalidad procesal laboral de tutela de los derechos fundamentales, como es sabido, contempla los principios de preferencia y sumariedad, y registra una serie de particularidades orientadas a procurar una eficaz protección jurisdiccional, mediante la precisión del alcance de su cobertura, la intervención del Ministerio Fiscal, la incorporación de pruebas indiciarias y la atribución al demandado de la carga probatoria, al igual que la inmediata ejecutabilidad de la sentencia, y se determina que el contenido de nulidad y cese de la medida puede ser revisado cuando es recurrida.

¹⁴⁴ (2011: pp.196-200).

Es claro que el tema central del proceso analizado es la restauración de los derechos fundamentales del trabajador, lesionados por el empleador o por cualquier otra entidad o autoridad pública, convirtiéndose en sujetos pasivos de esta relación procesal, activada por aquél. Por tanto, si ello constituye el objeto del proceso, se afirma que no pueden resolverse cuestiones distintas de la dirigida a reparar el derecho fundamental violentado, ni puede accederse a la pretensión que esté desconectada o desvinculada de los derechos fundamentales invocados. En materia probatoria, destaca que el establecimiento de indicios de los cuales se deducen conductas discriminatorias del empresario y también se implantan reglas de redistribución de la carga de la prueba¹⁴⁵ o que invierten el deber de acreditar un determinado hecho en el proceso, de modo que si la parte no lo hace resulta perjudicado. La carga de la prueba queda establecida para la parte que mayor facilidad y disponibilidad tiene de aportar el medio probatorio, el empleador demandado, sin que ello implique que el trabajador quede liberado de realizar su actividad probatoria¹⁴⁶.

Finalmente, el autor subraya que el proceso especial de tutela judicial de los derechos fundamentales de la persona del trabajador, se desarrolla en la jurisdicción social, sin

¹⁴⁵ José Luis Monereo Pérez subraya que las presunciones vienen a ser un mecanismo que facilita la carga de la prueba, favoreciendo al trabajador con un beneficio para el reconocimiento de su pretensión basada en hechos concretos, y que conforma parte de las técnicas peculiares previstas en el ordenamiento legal, ante las dificultades de la prueba del hecho discriminatorio o lesivo de los derechos fundamentales reconocida por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Así, se ha establecido que el trabajador no queda liberado de toda actividad probatoria, sino que debe acreditar mediante indicios racionales la existencia de la discriminación o lesión de derechos fundamentales alegada en la demanda entablada. No se produce estrictamente una inversión en la carga de la prueba sino una desviación o redistribución de la carga probatoria. Lo identifica y califica como un modelo abierto contemplado en los artículos 96 y 179.2 de la LPL, que en su opinión "no pretende tanto -o no sólo- impedir que se presenten demandas totalmente infundadas, como ante todo propiciar una garantía del derechos constitucional a la tutela judicial efectiva respecto a los derechos fundamentales ante la dificultad de la prueba del hecho lesivo". También lo justifica en el orden social debido a "la cristalización de una preciosa opción de política jurídica encaminada a facilitar la prueba del trabajador como un reforzamiento de la tutela de los derechos fundamentales del trabajador- ante un estado de cosas que hace probable o verosímil la existencia de una conducta empresarial discriminatoria o lesiva de un derecho fundamental" (1996 pp 9-69).

¹⁴⁶ No se trata de una inversión de la carga de la prueba, propiamente, aunque el Tribunal Constitucional Español, así lo haya denominado en algunas de sus resoluciones, cuando plantea la posición de un sector de la doctrina científica que viene calificándola de "indicios racionales", "prueba semiplena", "principio de prueba", "base de prueba", e "indicios fundados", según el autor citado (ibid pp 243-246).

perjuicio de la protección que opera ante el Tribunal Constitucional, por razón del recurso de amparo.

Se desprende que existe otro tipo de protección de los derechos fundamentales, en la justicia constitucional, cuando se presenta el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, según el diseño del ordenamiento jurídico español. La protección de derechos fundamentales, utilizando la acción de amparo, de acuerdo con el sistema constitucional, se articula bajo el concepto de subsidiaridad, es decir, como complemento de las otras garantías judiciales de los derechos fundamentales¹⁴⁷. Tradicionalmente, con ese recurso se permite revisar las decisiones judiciales que desconocen tales derechos, convirtiéndose en un mecanismo con el cual se censura las actuaciones de los jueces que no protegen los derechos fundamentales de los ciudadanos. También se ha seguido una línea de actuación del Tribunal Constitucional que permite el acceso al amparo contra actos de particulares, a través de dos vías: una, mediante la ampliación del concepto de poderes públicos y, la otra, mediante la diferenciación del valor de la sentencia en relación con el acto objeto de impugnación, emanado de las relaciones jurídicas entre particulares, las cuales aparecen estudiadas en la citada obra.

El régimen de la tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas vino a reformarse tras la promulgación de la Ley 32/11 del 10 de diciembre, reguladora de la Jurisdicción Social en España, quedando unificada o, más bien, consolidada la

¹⁴⁷ El uso del amparo presupone un conflicto político sobre la distribución de las competencias entre el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional, en España, y también la extensión de su competencia frente al objeto litigioso, habida cuenta su finalidad objetiva y subjetiva (guardián de la Constitución y defensa de derechos fundamentales). El carácter subsidiario de esta acción impugnativa de índole extraordinaria, al parecer de Vicente Gimeno Sendra, descarta que se trate de una tercera instancia porque la protección se realiza "mediante la aplicación y defensa de la Constitución, teniendo prohibido el Tribunal Constitucional entrar a conocer los hechos causantes de la violación, pues está autorizado para asegurar la interpretación uniforme de la Constitución y crear su doctrina legal..." (2007: pp.753-758). Se pretende repeler o revertir la lesión de los derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador, teniendo el TC que declarar el reconocimiento de dicho derecho o libertad fundamental, así como adoptar las medidas necesarias para preservar su pleno ejercicio.

competencia de los órganos del orden laboral, tal como indica Ana María Chocrón Giráldez, pues la “... nueva ley reguladora del proceso de trabajo vino a concentrar no sólo las competencias que han sido propias del mismo, las manifiestamente laborales, sino también aquellas que –en expresión utilizada por el legislador- se hallen en conexión con las mismas, creando de esta forma un ámbito unitario de tutela jurisdiccional”¹⁴⁸. Con esta ley se produce una simplificación del laberinto de procesos especiales para la tutela de los derechos fundamentales, específicos e inespecíficos, desarrollados en la jurisdicción social que no eran más que una reiteración del proceso ordinario, con alguna especificidad de escasa entidad, que no respondía a la complejidad de la cuestión debatida en dicha relación procesal.

En la actualidad, la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador, está prevista en los artículos 177 a 184 de la LRJS, quedando sustraídas del ámbito de aplicación de esta tutela las lesiones provenientes del despido y demás causas de extinción, impugnación de convenios colectivos, modificación sustancial de las condiciones de trabajo, movilidad geográfica, disfrute de vacaciones, materia electoral, impugnación de estatutos sindicales o su modificación, derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral, inclusive la suspensión de contrato y reducción de jornada por razones económicas, técnicas, organizativas o de producción derivadas de la fuerza mayor.

Como novedades de la reforma al proceso especial de tutela de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador, en el referido ensayo, han sido realizadas aquellas que

¹⁴⁸ (2012: p.6)

tienen que ver con el contenido de la demanda con la cual se inicia esta modalidad procesal –la cual debe contar con la precisión de los hechos constitutivos de la vulneración, el establecimiento del derecho o libertad infringida y la fijación de la cuantía de la indemnización pretendida-. También la existencia de un interés legítimo en la acción promovida –lo que equivale a la legitimación procesal- que podrá entablarla el sujeto afectado con el acto lesivo de los derechos fundamentales o la víctima del acoso-, la posibilidad de adoptar otras medidas cautelares –como aquellas que implican la suspensión del acto violatorio de derechos fundamentales-. Finalmente, la alegación de indicios de la conducta discriminatoria o conculcadora de esos derechos y la aportación de la justificación objetiva y razonable de la parte empresarial –por lo que ambas partes asumen cargas probatorias-, y el establecimiento del complejo contenido de la sentencia –su triple tutela como la denomina la doctrina jurisprudencial-.

Varios de estos aspectos procesales, incorporados con la aludida modificación legal, llegaron a ser ampliados para mantener la finalidad del cauce que exige la tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador, como es preservarlos frente a los ataques de los poderes del empresario. Interesa recordar además que el proceso de tutela laboral queda exceptuado tanto de la conciliación como de la mediación previa, medidas preventivas que anteceden a todo proceso laboral, aun cuando tengan carácter potestativo u opcional, buscando asegurar la celeridad procesal.

El largo camino hacia la tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas en la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, elocuentemente, vino a describirlo José Fernando Lousada Arochena como una "reestructuración profunda del proceso laboral de

amparo ordinario, generándose un fortalecimiento"¹⁴⁹, puesto que se propone que el juez social sea el garante de la función de protección de los derechos fundamentales del trabajador.

En el continente latinoamericano, la idea de proteger los derechos fundamentales, en sede judicial, desarrollada en el régimen jurídico español, es recibida en la normativa chilena, después de las reflexiones de su doctrina científica y los dictámenes de su autoridad administrativa de trabajo, tal como fue anotado previamente.

Ahora se pone de manifiesto las consideraciones más representativas de los cultores del Derecho del Trabajo en Chile, referidas al procedimiento de tutela laboral de derechos fundamentales del trabajador, cuyo antecedente inmediato está representado en el modelo español, y que debe ser tomadas en cuenta con el fin de incorporarlo en nuestro medio.

En efecto, José Luis Ugarte Cataldo expone que "pese al reconocimiento normativo de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales del trabajador en nuestro orden jurídico, ello no había significado hasta ahora la vigencia efectiva de los mismos, cuestión que la doctrina había destacado anotando profundo divorcio entre las normas y la realidad. Era lo que denominábamos nuestro particular macondo jurídico"¹⁵⁰. Entonces, se desprende que "...se presentaba un evidente déficit en la existencia de mecanismos de tutela efectiva de dichos derechos, lo que se expresaba precisamente, en la falta de cauces procesales idóneos y específicos, situación que lo alejaba considerablemente del nivel de aquellos países que se han tomado en serio la idea de otorgar tutela efectiva dichos

¹⁴⁹ (2012:pp.13-16).

¹⁵⁰ (2009: p.17).

derechos"¹⁵¹ Por tanto, para la defensa de los derechos fundamentales no patrimoniales resultaba indispensable " ..la reforma procesal laboral implementada por la ley No. 20 087 (3 01 2006) y en particular el procedimiento de tutela, primer paso del orden jurídico laboral por tomar en serio este tipo de derechos de los trabajadores, comenzando poco a poco a desmontarse lo que podríamos denominar el modelo cerrado de empresa, entendido como un espacio jurídico privado, expuesto al efecto expansivo de los derechos fundamentales "¹⁵² Este medio para hacer valer judicialmente ciertos derechos del trabajador conduce al efectivo reconocimiento de los derechos fundamentales en el contrato de trabajo o, como ya es sabido, representa la traducción procesal de la idea de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales en el interior de la empresa

Aunque la denominación tutela laboral no es afortunada, según este autor, se trata de un mecanismo de protección jurisdiccional o tutela calificada que representa un avance significativo en el sistema jurídico chileno, al contemplarse reglas especiales sobre los titulares y el objeto de la acción, la carga de la prueba y la estructura de la sentencia definitiva¹⁵³, las cuales han servido para la democratización de sus relaciones laborales. Dicho instrumento hace viable el respeto y acatamiento directo de las normas constitucionales en el contrato de trabajo

Otro de los exponentes de esta teoría en Chile, Sergio Gamonal Contreras, sostuvo que la Ley 20 087, expedida en el año 2006, al complementar las disposiciones materiales con el nuevo procedimiento laboral, vino a representar un gran avance en el ordenamiento

¹⁵¹ (Ibid p 18)

¹⁵² (Ibid p 20)

¹⁵³ Una detallada explicación del mencionado procedimiento especial aparece en la obra citada, dentro del capítulo tercero (pp 23-95), representado ello una novedad en la justicia laboral chilena

laboral de ese país, habida cuenta que dio "...un cambio radical en el sistema procesal laboral, estableciendo un sistema oral, público y concentrado, basado en los principios de la inmediación, impulso procesal de oficio, celeridad, buena fe, bilateralidad de la audiencia y gratuidad"¹⁵⁴. Esta reforma la más importante de los últimos 30 años, puso a la vanguardia dicho ordenamiento jurídico, no sólo en sus instituciones sino desde el punto de vista de su operatividad. Dicho procedimiento de tutela laboral se configura de acuerdo al modelo español, aunque cuenta con sus propias características como el reducido objeto procesal o campo de aplicación, reservado a ciertos derechos fundamentales, y la posible intervención de la Inspección del Trabajo, autoridad que tiene legitimación activa, según la descripción ofrecida por el autor¹⁵⁵.

Recién promulgada la Ley No. 20.087, Eduardo Caamaño Rojo, expuso que se "contempló un procedimiento especial de tutela de los derechos fundamentales, regulado a partir del artículo 485 del Código de Trabajo, buscando poner fin a la incertidumbre derivada de la falta de acciones eficaces para asegurar la eficacia de las garantías constitucionales en el plano laboral (v. gr. el derecho a la no discriminación en el empleo) y se le entrega a los Tribunales Laborales una herramienta que podría ser muy eficaz para revalorizar el respeto y la protección de los trabajadores"¹⁵⁶. Con ello, se vino a corregir la tradicional estructura procedimental del Código de Trabajo y a implantar novedosas

¹⁵⁴ (2008: pp.1-16).

¹⁵⁵ (Ibid.: pp.22-34).

¹⁵⁶ (2006: p.5). Con anterioridad, el citado autor señaló que, "desde el punto de vista del derecho, la gran falencia de protección frente a actos de discriminación en el trabajo no viene dada, entonces, por la ausencia de normas que reconozcan este derecho fundamental, sino que encuentra su explicación en las deficiencias procesales (orgánicas y de procedimiento), esto es, en la falta de instrumentos jurisdiccionales específicos y expeditos que garanticen el pleno respeto de los derechos fundamentales al interior de las relaciones laborales, cuya trascendencia es innegable". (2003: p.40). Dicha conclusión opera y aplica para todos los derechos fundamentales, aunque no sean de contenido laboral, porque todos se basan axiológicamente en la dignidad humana.

reglas procesales frente a la falta del papel activo que debieron asumir los Tribunales de Justicia.

Este mecanismo específico y privilegiado de protección de derechos fundamentales de los trabajadores, según Christian Melis Valencia, coincidiendo con el resto de la doctrina reemplazó "el procedimiento laboral del Libro V del Código de Trabajo, al contemplar un nuevo procedimiento especial denominado 'Del Procedimiento de Tutela Laboral', regulado en el párrafo 6, del nuevo Capítulo II, del Título I, del Libro V del Código de Trabajo (artículos 485 a 495)"¹⁵⁷. Se resalta que los rasgos distintivos del nuevo procedimiento de tutela laboral son los siguientes: preferencia en su conocimiento; configuración expresa del principio de proporcionalidad como canon evaluativo de la existencia o inexistencia de lesiones de los derechos fundamentales; rol activo de la Dirección del Trabajo; intervención coadyuvante de las organizaciones sindicales; suspensión provisional de los efectos de las eventuales conductas lesivas de los derechos fundamentales; sistema de prueba indiciaria y prueba ilícita; efecto restitutorio de la sentencia y la garantía de indemnidad.

Más reciente, Juan Carlos Ferrada Bórquez y Rodolfo Walter Díaz, confirman que la protección de los derechos fundamentales de los trabajadores alcanza su esplendor, mediante un nuevo procedimiento de tutela laboral, incorporado con la Ley No. 20.087 de 2006, cuando señalan que "este procedimiento implicó la incorporación efectiva de la protección judicial, en sede laboral, de los denominados derechos fundamentales inespecíficos de los trabajadores, estableciéndose como un mecanismo de resguardo

¹⁵⁷ (2009: pp.72-73).

especial y privilegiado de amparo de sus derechos frente a las facultades del empleador. De esta manera, y sin perjuicio del procedimiento previsto en el artículo 20 de la Constitución Política de la República (Recurso de Protección)-pero estableciéndose una incompatibilidad con éste, en ciertos casos-, el Código de Trabajo configura su propio procedimiento de competencia del juez laboral, y en el que el trabajador puede demandar la protección de ciertos derechos fundamentales, además de incoar otras acciones judiciales complementarias" ¹⁵⁸. Con este procedimiento funciona ante una controversia específica entre las facultades del empleador y los derechos fundamentales de los trabajadores, y acorde con ello, los derechos fundamentales de ambos sujetos laborales no entran en oposición como entiende la mayoría de la doctrina laboral chilena. Siguiendo el modelo que lo inspira se configura como el mecanismo principal de protección de los derechos fundamentales, dejando el Recurso de Protección como alternativa residual y excluyente. No obstante, es reconocido que esta nueva vía de tutela tiene su antecedente inmediato en el proceso de tutela de los derechos de libertad sindical prevista en la Ley de Procedimiento Laboral española, cuyo ámbito de aplicación fue ampliado al resto de los derechos y libertades públicas, en virtud del artículo 181 de la LPL.

A propósito de esto último, en Chile, la protección especial de los derechos fundamentales en la jurisdicción de trabajo, no alcanza a todos esos derechos, pues resulta inoperante para aquellos de contenido laboral por disposición expresa de la Ley, esto es, que no quedan amparados por esta vía privilegiada derechos fundamentales como la libertad sindical o el derecho de huelga; por lo que el trabajador "...deberá recurrir a la

¹⁵⁸ (2011: p.92).

vía ordinaria de amparo de estos derechos, es decir, al Recurso de Protección"¹⁵⁹ Se trata de una sustancial diferencia con el modelo español que otorga al trabajador la plenitud a su condición de persona

En definitiva, se puede afirmar que el mencionado procedimiento de tutela de derechos fundamentales no patrimoniales, hará posible que el juez de trabajo haga un auténtico control constitucional de esos derechos en el ámbito de la empresa, cuando decida las materias que están sometidas a su enjuiciamiento a través de esa tutela

Como es sabido, en el Perú, el proceso de laboralización de los derechos constitucionales se produjo ante la existencia de una norma constitucional que no permite vulnerar la dignidad del trabajador ni constreñir el ejercicio de sus derechos fundamentales, desprendiéndose que no se dio esa actuación de las libertades públicas en la relación de trabajo por razón de la iniciativa jurisprudencial como en otros sistemas jurídicos

No obstante, no existe un procedimiento especial de tutela judicial como en España y Chile, por lo que se hace necesaria la adopción de un procedimiento de tutela laboral de los derechos fundamentales

En tal sentido, estima Elmer Arce Ortíz que "el juez laboral es el llamado a continuar con la labor del Tribunal Constitucional, frente a la concepción residual de la acción de amparo que preside el Código Procesal Constitucional, las violaciones de los derechos constitucionales de los trabajadores difícilmente llegaran hasta el TC. Urge, por tanto,

¹⁵⁹ (Ibid p 95) En opinión de Luis Alejandro Silva Irarrázaval, con la cual coincido plenamente, "el procedimiento de tutela de los derechos fundamentales del trabajador, es visto como el advenimiento de la eficacia de la Constitución a las relaciones laborales" De acuerdo a esa clara visión, la garantía constitucional de los derechos de la persona no habría penetrado a la empresa eficazmente pese a su reconocimiento expreso, pues parecía que el único bien de los trabajadores que conocía algún grado de reconocimiento jurisdiccional era el patrimonial, en tanto, aquellos de otras dimensiones alusivos a la personalidad (honor, vida privada, integridad física, por ejemplo) prácticamente no gozaban de protección (2011 p 33)

desarrollar el ordenamiento jurídico procesal con el fin de dotar al juez ordinario laboral de los elementos necesarios para abordar la difícil misión de tutelar los derechos fundamentales de los trabajadores. Lejos de criticar al TC para que siga cubriendo el déficit de protección de la legislación laboral, creo que es hora de crear un procedimiento laboral *ad hoc* donde se ventile cualquier afectación de derechos constitucionales del trabajador"¹⁶⁰.

Con la adopción de ese procedimiento que pretende incorporar al derecho positivo peruano, se concretara la penetración del Derecho Constitucional a las relaciones de trabajo que constituye una tendencia generalizada en el continente europeo y latinoamericano.

¹⁶⁰ www.trabajo.gob.pe/boletin/documentos.../boletin_30_01.p.1-2, publicado en 2012, por la Pontificia Universidad Católica de Perú, consultado el 30 de mayo de 2015.

CAPÍTULO TERCERO

**EJERCICIO DE DERECHOS FUNDAMENTALES INESPECÍFICOS DEL
TRABAJADOR SEGÚN EL ORDENAMIENTO LABORAL Y
CONSTITUCIONAL**

"Los derechos fundamentales, precisamente por ese origen común del valor libertad principalmente, y complementariamente de los valores de igualdad, de seguridad jurídica y de solidaridad, que suponen una explicitación y un intento de desarrollar integralmente la idea de dignidad humana, no pueden entenderse aisladamente, sino que esa raíz común lleva a una interdependencia y a una mutua implicación, que se suele explicar indicando que la libertad es indivisible. Eso implica, por ejemplo que la libertad de expresión necesita a las garantías procesales, al derecho de asociación y al derecho de educación y que éstos a su vez se necesitan y se exigen mutuamente"

Gregorio Peces-Barba Martínez

1. El ejercicio de los derechos ciudadanos del trabajador ante el poder privado del empresario:

Junto a los derechos constitucionales de específico contenido laboral que tienen vinculación directa con el trabajo contratado o con el nexo laboral, según las enseñanzas de Manuel Carlos Palomeque López, los trabajadores son titulares en cuanto ciudadanos de otros derechos constitucionales no específicamente laborales, que al ser ejercitados en el ámbito del contrato de trabajo adquieren una dimensión laboral sobrevenida, convirtiéndose en verdaderos derechos laborales, por razón de los sujetos y la naturaleza de la relación jurídica en la que se hacen valer o son reclamados, los cuales suelen ser concebidos como "derechos del *ciudadano-trabajador*, que ejerce como *trabajador-ciudadano*"¹⁶¹ Los denominados derechos fundamentales inespecíficos han sido objeto de laboralización en muchas legislaciones y, en algunos casos, la jurisprudencia se ha ocupado de su reconocimiento

Siguiendo a Carlos Blancas Bustamante, es necesario estudiar "aquellos que tienen una especial relevancia en la relación de trabajo y que han sido objeto, en tiempos recientes, de una mayor atención por parte de la legislación y, particularmente, de la jurisprudencia"¹⁶², identificando la igualdad y no discriminación, libertad de expresión, libertad religiosa y los derechos a la intimidad, al honor y propia imagen, habida cuenta que no pueden ser desconocidos ni vulnerados porque son inherentes al trabajador en su condición de persona y ciudadano

¹⁶¹ (2002 p 150)

¹⁶² (2007 p 136)

Todos esos derechos, como bien recuerda Wilfredo Sanguineti Raymond, registran como característica esencial " una titularidad amplia o general, no específicamente laboral, por lo que pueden ser ejercidos también de forma universal por todos los ciudadanos en todos los ámbitos de la vida social, incluyendo el de las relaciones de trabajo"¹⁶³ Esa nómina de derechos fundamentales viene contribuyendo a la construcción de un moderno Derecho del Trabajo, según el citado autor.

Entonces, resulta conveniente presentar un análisis de los señalados derechos fundamentales inespecíficos, a la luz de la doctrina y jurisprudencia extranjera, con el objeto de mejorar la configuración del ordenamiento jurídico interno ante el inadecuado tratamiento legal y jurisprudencial. Es bueno recordar que el reconocimiento de los derechos fundamentales inespecíficos que se dio en el derecho comparado obedeció a la aplicación de los textos constitucionales que fueron adoptados a partir de la Constitución Española de 1978, cuyo espíritu y contenido, vino a marcar una tendencia en Latinoamérica.

1.1 *Igualdad de trato e interdicción a la discriminación en el empleo y a cualquier acoso.*

Desde tiempos remotos la igualdad ha sido una incesante aspiración de la humanidad, tanto que los filósofos pensaban que era contradictoria a la existencia de la comunidad política, siendo la desigualdad lo consustancial al hombre, mientras que durante el cristianismo llegaron a considerarla los cristianos como un valor importante de la sociedad y luego los políticos la vieron como una de sus ideas fuerza de los

¹⁶³ (2013 p 77)

movimientos liberales, junto a la libertad y la fraternidad, proclamadas particularmente durante la revolución francesa y que estaban todas encaminadas a la transformación del tejido social de esa época. Hoy continúa siendo una pieza clave sobre la cual se edifica todo el sistema jurídico, es decir, que la igualdad constituye uno de los pilares fundamentales del Estado moderno.

Se observa que la igualdad no se circunscribe a lo filosófico y político exclusivamente, sino que trasciende lo jurídico debido a que hace parte de una cultura de desarrollo social y económico de cualquier nación, conllevando una dimensión múltiple e interrelacionada de ese valor, principio o derecho fundamental, el cual se encuentra presente en distintos ámbitos. Ello implica que la igualdad haya tenido y todavía conserva diversos alcances en la convivencia humana. Es un elemento consustancial de la justicia y, en consecuencia, se trata de uno de los pilares del sistema sociopolítico.

Dentro de nuestra ciencia jurídica la igualdad supone que el trabajador reciba el mismo trato frente a trabajadores que se encuentran en situación comparable, prohibiendo que el empleador dispense un trato desfavorablemente arbitrario o injustificado, mediante una actuación referida a un grupo de trabajadores y no hacia un trabajador en particular. Como bien destaca Eduardo Caamaño Rojo, en un estudio elaborado basado en la teoría alemana, "la aplicación del principio de igualdad de trato requiere tres requisitos concretos a saber: que exista un conjunto de trabajadores en situación comparable frente a una determinada actuación colectiva del empleador, que se encuentre vigente la relación jurídica entre trabajador y empleador, dado que no puede ser reconocido antes de su configuración o nacimiento, y que el empleador en forma unilateral y voluntaria, a

través de una regla o medida, implante un nuevo orden al interior de la empresa en relación con las remuneraciones o condiciones de trabajo que sobrepase lo establecido individualmente en los contratos de trabajo"¹⁶⁴ Se posibilita una forma de interacción entre sujetos de una relación laboral basada en el respeto, la equidad, no exclusiones o rechazo a prácticas arbitrarias e injustas, conllevando a que se prohíba un trato desfavorable y no un trato más favorable

Entonces, puede hablarse de prohibición absoluta que excluye toda diferenciación efectuada por el empleador en contravención al principio de igualdad, sea que aquella se realice en base al sexo, origen, religión, nacionalidad, pensamiento político, etc , y también de prohibición relativa que supone una inadecuada relación entre la medida determinada por el empleador (causa) y las consecuencias producidas por las medidas o reglas entre los trabajadores en situación comparable (efectos)

Con la apuntalada influencia de la dogmática alemana, en otros estudios del autor, se distingue entre la discriminación directa y discriminación indirecta. En términos generales, la primera se presenta "cuando el sexo constituye el elemento explícito que motiva un trato o condiciones laborales menos favorables para un trabajador, frente a un trabajador del otro sexo que se encuentre en una situación laboral comparable", en tanto la discriminación indirecta no siempre se manifiesta "cuando el trato menos favorable en materia de remuneraciones que recibe el trabajador con respecto a un trabajador de otro sexo, por la realización de un trabajo igual o de similar naturaleza, aparece tan claramente

¹⁶⁴ (2000 pp 6-8)

vinculado a una situación constitutiva de discriminación¹⁶⁵. No resulta fácil determinar si las diferencias con respecto a la obtención de ciertos beneficios laborales, como un mayor monto de remuneración, que origina una regla o medida impuesta por el legislador, las partes en un contrato individual o colectivo o por el empleador, sea en razón del sexo

La discriminación directa se produce cuando se realiza una diferenciación sobre la base de un motivo prohibido, como la raza, religión o el sexo de la persona. Por ejemplo, cuando se publica un anuncio de empleo y se indica que sólo se admite la postulación de hombres o el que niega el acceso al empleo a una persona debido a su opción o preferencia política o por el color de su piel. En tanto, la discriminación indirecta se presenta cuando se establece una diferencia de trato basada en motivos inofensivos o neutrales, pero su aplicación afecta de manera sumamente desfavorable a los miembros de un grupo vulnerable. Por ejemplo, exigir como requisito para la admisión a un puesto de trabajo el cumplir con determinado peso o estatura, sin que el perfil del puesto lo demande, o cuando se establezca un beneficio para los trabajadores a plazo indeterminado en desmedio del personal con contrato de corto plazo, configurándose un supuesto de discriminación indirecta.

Esas formas de discriminación que atentan contra el principio de igualdad, se ponen de manifiesto en el período anterior al nacimiento de la relación laboral¹⁶⁶, impidiendo que se pueda utilizar como criterio de selección y contratación el sexo a menos que sea esa condición necesaria para la actividad objeto del contrato de trabajo; así como durante la

¹⁶⁵ (2001 pp 6-7)

¹⁶⁶ (2003 pp 3-8)

vigencia de esa relación jurídica¹⁶⁷ donde se evita pudiera ascender a un puesto de jerarquía superior en razón del sexo.

El derecho de igualdad aparece en la CE al establecerse que "*los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social*". (art 14) También es recibido en la legislación laboral en los artículo 4.2 y 17 del Estatuto de Trabajadores

La doctrina española¹⁶⁸ sostiene que la igualdad y no discriminación son derechos fundamentales, estrechamente vinculados de no fácil comprensión en el ámbito laboral, con múltiples cuestiones de interpretación y variados problemas de aplicación en el empleo y en las distintas relaciones laborales. Tienen como finalidad la erradicación de diferencias de trato injustos o injustificados e igualmente aspiran a la tutela especial de determinados colectivos sociales, especialmente los menos favorecidos dentro de la sociedad. Se reconocen como valores superiores del ordenamiento jurídico, cuyo contenido y alcance depende del momento histórico y social, pues al someterlos a escrutinio la razonabilidad juega un papel determinante.

Desde un punto de vista institucional ese doble juego del derecho de igualdad en el ámbito de las relaciones laborales comprende el derecho de los sujetos laborales a la igualdad, tanto de trato ante la ley como en la aplicación de la ley, y el derecho de los

¹⁶⁷ (2003 pp

¹⁶⁸ Vid., Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, Miguel "*Igualdad y no discriminación en el empleo*", *Revista Derecho y Conocimiento*, Vol 1, Facultad de Derecho, Universidad de Huelva, España, 2001, pp 463-490, Palomeque López, Manuel Carlos "*Derecho del Trabajo*", 10ª ed., Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., España, 2002, pp 149-159. García Murcia, Joaquín "*Igualdad y no discriminación en las relaciones laborales*", *Las transformaciones del Derecho del Trabajo en el marco de la Constitución Española*, Editorial La Ley, España, 2006, pp 383-409

trabajadores a no ser discriminado por su empresario. En ese sentido, el doble juego institucional del derecho de igualdad, lo explica claramente Manuel Carlos Palomeque López, cuando afirma que ese derecho entraña "obtener separadamente un trato igual de los poderes públicos que se concreta en una manifestación plural a la igualdad en trato dado por la ley, igualdad en la aplicación de la ley que limita la actuación jurisdiccional y administrativa del propio Estado, y a no tener derecho a ser discriminado por el empresario en el seno de la relación de trabajo"¹⁶⁹ Ese derecho constitucional inespecífico expresa el derecho de los sujetos en las relaciones laborales a obtener de la norma jurídica un trato igual, desde todos los puntos de vista legítimamente aceptables, prohibiéndose que se dé un trato distinto a personas que se encuentren en la misma situación. Por tanto, la igualdad en el contrato de trabajo no permite discriminación alguna. No es posible discriminaciones, directas o indirectas en el empleo, por ninguna circunstancia (género, condición social, estado civil, etc.) al momento de la contratación laboral ni durante el desarrollo del nexo laboral.

Se puede afirmar, entonces, que la igualdad jurídica es una herramienta que preserva todos los valores constitucionales, cuya composición suele ser dañada por la discriminación. Este derecho fundamental evita que las personas sean víctimas de injustos tratamientos diferenciales, que vulneren por sus efectos excluyentes o restrictivos, cualquiera de sus derechos humanos. Se diferencia de la igualdad de oportunidades que alude a una idea de la sociedad igualitaria, aparecida en tensión permanente, desde una perspectiva económica.

¹⁶⁹ (2006 p 18)

La igualdad y no discriminación en el empleo y ocupación, en el plano internacional, están reconocidos en el Convenio No 111/58 de la OIT. Para este organismo productor de normas laborales, con mucha influencia en el ámbito supranacional, el término discriminación laboral comprende "*cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación*", según el artículo 1 del Convenio. Esta es una fórmula que establece una enumeración abierta de las causales que pueden generar comportamientos discriminatorios, como por ejemplo lo constituyen los hechos de pagarle a una mujer un salario inferior al que reciben los varones por hacer el mismo trabajo y también el negarse a contratar los servicios laborales de personas afectadas por la enfermedad terminal conocida como SIDA.

Los derechos de igualdad y no discriminación han sido consagrados en preceptos separados dentro del ordenamiento constitucional panameño, proclamándose como valores supremos de todos los nacionales y extranjeros que residan en el territorio nacional. Efectivamente, primero se establece la interdicción a la discriminación con la formulación que dice "*no habrá fueros o privilegios ni discriminación por razón de raza, nacimiento, discapacidad, clase social, sexo, religión o ideas políticas*", según el artículo 19 de la Constitución Política. Se declara constitucionalmente la inexistencia de clases privilegiadas y la interdicción para que sean creadas basadas en los elementos señalados en el precepto. Luego se reconoce la igualdad ante la Ley, con un enunciado, así "*Los panameños y los extranjeros son iguales ante la Ley, pero ésta podrá, por razones de*

trabajo, de salubridad, moralidad, seguridad pública y economía nacional, subordinar a condiciones especiales o negar el ejercicio de determinadas actividades a los extranjeros en general", conforme el artículo 20 constitucional

Tanto la prohibición a la discriminación como la igualdad están contempladas con sentido general, esto es, sin diferenciar a quienes se aplica, por lo que benefician a nacionales como a los extranjeros. Pese a que ambos preceptos aparezcan en el capítulo Iero dentro del título III del texto constitucional, admiten diferenciaciones siempre que estén previstas en la Ley (Por ejemplo, el fuero sindical o las exclusiones y limitaciones para trabajadores extranjeros). Esos mandatos se completan con otras disposiciones, contentivas de diversas aplicaciones de esos derechos fundamentales, tal como se observa al realizar su estudio.

Dentro del artículo 67 constitucional también aparece la igualdad de salario, cuando se dispone que *"a trabajo igual en idénticas condiciones, corresponde siempre igual salario o sueldo, cualesquiera que sean las personas que lo realicen, sin distinción de sexo, nacionalidad, edad, raza, clase social, ideas políticas o religiosas"*. Se trata de una específica aplicación de la igualdad. El Código de Trabajo en el artículo 10, claramente, identifica las circunstancias en las cuales debe darse la igualdad de salario, y, además, se contemplan las acciones que puede ejercer el trabajador cuando resulte discriminado en su salario, según el artículo 145.

También existen leyes especiales que contemplan la igualdad de trato y prohibición a la discriminación en el acceso al empleo y en la ocupación dentro del derecho panameño, encontrándose entre ellas la Ley 4/99 del 29 de enero que regula la equiparación de la

mujer, con la prohibición de ser discriminada por razón del sexo, la Ley 42/99 del 27 de agosto que se consagra la igualdad de oportunidades para personas con discapacidad, la Ley 3/00 del 5 de enero que instituye la igualdad de trato para las personas con sida o virus del VIH, la Ley 11/05 del 22 de abril que prohíbe toda discriminación laboral, y la Ley 59/05 del 28 de diciembre que crea protecciones laborales para las personas con discapacidad provocada por enfermedades crónicas, involutivas y degenerativas

Con la Ley 25/07 del 10 de julio se aprueba la Convención sobre los Derechos de la Personas con Discapacidad y el Protocolo Facultativo aplicable a dicha convención, reconociéndose la igualdad y no discriminación y otros derechos fundamentales inespecíficos. La Secretaría Nacional de Discapacidad, creada por la Ley 23/07 del 28 de junio, juega un papel determinante en la protección social de estas personas

Se observa, entonces, que la incorporación del principio de igualdad y no discriminación al ámbito de las relaciones de trabajo ha sido progresiva, como afirma Joaquín García Murcia, al sostener que esta se produce mediante un interesante "*proceso de juridificación*"¹⁷⁰ que le ha ido proporcionando una presencia cada vez más evidente, y un espacio de juego cada vez más complejo y confortable. Dicho principio se ha filtrado por vía colateral o transversal, como se aprecia de la variedad de instrumentos que lo han reconocido entre nosotros, específicamente en la legislación sobre discapacitados y aquella relacionada con la igualdad de oportunidades laborales para personas con el virus de VIH

¹⁷⁰ (2006 p 388)

En el sector público se reconoce la igualdad de trato y se prohíbe la discriminación y cualquier forma de acoso -tanto sexual como moral- conforme la Ley 9/94 sobre carrera administrativa, expresamente en los artículos 140 y 141 se contemplan esas prohibiciones, acordes con las definiciones previstas en el artículo 2, como ya se dijo con anterioridad. Por su parte, en las relaciones laborales regidas por la Ley 19/97 dentro de la Autoridad del Canal de Panamá, tanto la igualdad de oportunidades y la prohibición a la discriminación están previstos en el artículo 82 de la Ley 19/97. En ese ámbito jurídico los actos que desconocen ambos derechos fundamentales inespecíficos son sancionados como prácticas desleales, las cuales tienen un procedimiento especial para su restauración tras la reclamación de los trabajadores afectados, según el desarrollo legal y reglamentario.

Tal como expone Rolando Murgas Torrazza las disposiciones dirigidas a garantizar la igualdad y excluir la discriminación en diferentes planos de la vida social, surgen de "la necesidad que se respete el valor universal de la igualdad y, a su vez, se enfrente la discriminación como figura que ha perturbado desde siempre la convivencia humana"¹⁷¹. Para este autor se colisiona con la igualdad -estando de acuerdo con ese planteo- cuando a unos pocos se reconocen beneficios y derechos que, en igualdad de circunstancias, se niegan a los demás (situación que suele calificarse como fuero o privilegio personal), como cuando a una minoría se niegan, de manera ilegítima, beneficios o derechos que se reconocen con carácter general. Esto último da lugar a la discriminación. La diferencia entre el fuero o privilegio y la discriminación es hasta cierto punto cuantitativa, pero en ambas situaciones se vulnera el valor de la igualdad.

¹⁷¹ (2010 pp 250-251)

Tras establecer que la preocupación por la erradicación de la discriminación ha conducido a la puesta en vigencia de sistemas de protección dirigidos hacia sectores en situación de vulnerabilidad ante eventuales acciones o actitudes de diferenciaciones ilegítimas, entre nosotros se precisa que "en todo caso, debe tenerse claro que la idea de la igualdad no excluye la posibilidad de tratos diferenciados, cuando existen razones legítimas para hacerlo, aspecto que cobra especial significación en el terreno de los derechos sociales, que apuntan hacia un concepto distributivo de la justicia. Trato diferente o determinadas ventajas legítimamente reconocidas respecto de personas que se encuentran en situaciones diversas no implican necesariamente actos de discriminación"¹⁷² Entonces, puede afirmarse que la discriminación es una afectación arbitraria e injustificada de la igualdad.

En el ámbito de las relaciones laborales el derecho a la igualdad implica tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales, a fin de evitar desigualdades no justificadas objetivamente, lo que supone identificar el principio de la igualdad ante la ley, en tanto que evitar la arbitrariedad judicial conlleva a que una autoridad jurisdiccional o administrativa modifique arbitrariamente sus decisiones en casos sustancialmente iguales, sin que existan motivos que justifiquen el cambio de criterio, permite reconocer la igualdad en la aplicación de la ley. Este derecho fundamental debe ser garantizado a los sujetos laborales, trabajadores o empleadores, inclusive las organizaciones sociales de ambas partes.

¹⁷² (Ibid., p. 252)

Por su parte, la interdicción a la discriminación busca que no se hagan diferenciaciones de trato basadas en las circunstancias señaladas en la normativa constitucional, esto es, por razón de sexo; raza, religión, condiciones físicas, etc , tanto en el ámbito del empleo como en las condiciones de trabajo. Se enlaza con valores inherentes a la dignidad humana. La igualdad y no discriminación en el acceso al empleo y la ocupación son elementos complejos e interrelacionados. La prohibición a la no discriminación se pone de manifiesto desde el momento de la contratación como durante la ejecución del contrato de trabajo o el desarrollo de la relación laboral.

En cuanto a la presencia del acoso sexual en las relaciones laborales, esta forma de discriminación donde se compromete particularmente la libertad sexual, se puede decir que constituye un fenómeno de vieja ocurrencia que configura un abuso al género y a la dignidad de las personas. Esta conducta reprochable, castigada por los ordenamientos penales y frenada por las leyes civiles no siempre fue reconocida en las normas laborales, envuelve las presiones ejercidas por la autoridad o los que cumplen funciones jerárquicas debido al poder reconocido dentro de las relaciones jurídicas, incluso aquellos asedios entre compañeros de trabajo. Dicho fenómeno es conocido como *sexual harrassment*, molestia o chantaje sexual, hostigamiento sexual, etc , siendo la expresión acoso sexual la más generalizada en la doctrina y legislaciones comparadas.

Entre las diversas situaciones que suelen ser consideradas como conductas acosadoras, según Julio Martínez Vivot, pueden mencionarse a manera de ejemplo las siguientes: "abuso verbal o comentarios sexistas sobre la apariencia física del empleado, frases ofensivas o de doble sentido y alusiones groseras, humillantes o embarazosas; preguntas

indiscretas sobre su vida privada, separarlo de los ámbitos propios del trabajo para que la conversación tenga mayor intimidad, insinuaciones sexuales inconvenientes y ofensivas; solicitud de relaciones íntimas, aun sin requerir el coito, u otro tipo de conducta de naturaleza sexual, mediante promesas de beneficios o recompensas, exigencia de favores sexuales bajo amenazas, implícitas o descubiertas, referidas al empleo, exhibición de material pornográfico, como revistas, fotografías u objetos, así como colocar en las paredes del ámbito laboral imágenes de tal naturaleza, tocamientos, roces o pellizcos deliberados y ofensivos, etc ¹⁷³ Son dañinas las consecuencias dentro de la empresa, ya que producen ausentismo, baja productividad, cambios en el personal y perturbaciones en el ambiente de trabajo

El acoso sexual tiene una influencia directa en el acceso al empleo como en las condiciones de trabajo, dado que su ocurrencia suele impedir el normal desarrollo de la contratación de personal como la movilidad y ascensos de los trabajadores, pudiendo ser objeto de ese comportamiento reprochable tanto mujeres como hombres Sin duda, se trata de un problema de salud y seguridad en el trabajo y una situación inaceptable habida cuenta que representa una violación de derechos fundamentales

Con la independencia de la cuestión de género, Rolando Murgas Torrazza, ha afirmado que "la legislación panameña contiene alguna normativa, por cierto insuficiente, frente al acoso sexual y al acoso moral. En lo que se refiere al acoso moral, conviene precisar que sus formas de manifestación pueden implicar no sólo las que conciernen a las relaciones personales, sino también derivadas de actitudes de discriminación, tanto por el empleador

¹⁷³ (1995 p 24)

como por compañeros de trabajo (género, discapacidad, raza, nacionalidad, portador de VIH, apariencia física, representación o activismo sindical, etc "¹⁷⁴. En esta materia nuestra legislación es muy parca, aunque se haga una ligera mención a la exclusión del acoso moral, según lo anotado

Como se dijo, existe una ley que prohíbe el acoso sexual en el empleo público, según la Ley 9/94 de 20 de junio que regula la carrera administrativa. En el contexto de las relaciones laborales el acoso sexual constituye una causal de despido conforme el numeral 15 del artículo 213 del Código de Trabajo, introducida con la Ley 44/95, y, por supuesto, no se permite en las relaciones laborales dentro la Autoridad del Canal de Panamá, tal como lo dispone la Ley 19/97 y sus reglamentos. Además, ha sido elevado a categoría de delito conforme el tipo dispuesto en el artículo 178 del Código Penal, cuyo contenido señala *"quien acose, hostigue o aceche o discrimine sexualmente a una persona con quien tiene vínculo laboral, escolar o religioso, independientemente de la relación jurídica, será sancionado con pena de dos a cuatro años de prisión y tratamiento terapéutico multidisciplinario en un centro de salud público o privado"*

El acoso moral o psicológico en el trabajo es un comportamiento de reciente aparición u ocurrencia, a diferencia del hostigamiento sexual, donde se comprometen distintos bienes jurídicos de la persona. Se afecta la dignidad, la salud o integridad física o mental, el empleo o el porvenir profesional y cualquier otro derecho fundamental de la persona del trabajador. El acoso laboral o moral representa la traducción al castellano de la palabra *mobbing* que significa perseguir, atropellar, acosar o atacar. Es concebido como aquella

¹⁷⁴ (Op. Cit. pp 103-104)

conducta persistente y demostrable, ejercida contra un trabajador por un empleado de inferior, igual o superior jerarquía, o por su empleador, que está encaminada a producir temor o intimidación dentro de la relación laboral.

Las conductas de acoso psicológico que han sido agrupadas por Juan Sagardoy Bengoechea y José Luis Gil y Gil, tras el estudio de la jurisprudencia española, son "limitar las posibilidades de comunicación de los trabajadores, cambiarlos de ubicación y separarlos de sus compañeros, juzgar de manera ofensiva su trabajo, cuestionar sus decisiones, realizar ataques a su vida privada, criticar permanente su trabajo, difundir rumores contra las víctimas, marginar y aislar socialmente a las víctimas"¹⁷⁵ Se orientan hacia la persona del trabajador o están referidos al trabajo. Estos actos vejatorios pueden darse también fuera del centro de trabajo o de la empresa, siempre que se produzcan en razón de la ejecución del contrato de trabajo o con ocasión de la relación laboral.

Los efectos del acoso laboral pueden ser muy variados y suelen proyectarse en distintos ámbitos de la vida del individuo. En el contexto síquico, físico o sicosomático y social. La ansiedad y depresión son las consecuencias síquicas que se ponen de manifiesto como patologías, pues surgen problemas de autoestima y sobrevaloración de las capacidades, en el plano sicosomático se dan trastornos cardiovasculares, musculares, respiratorios y gastrointestinales, y en la vida social se producen aislamientos y desconfianza, además de abandono de compromisos, sentimientos de incomprensión, etc., que afectan negativamente el rendimiento en la empresa.

¹⁷⁵ (2006 pp 811-812)

Cabe señalar que el comportamiento de acoso sexual y psicológico en el lugar de trabajo menoscaban la dignidad del trabajador y los derechos fundamentales que les son inherentes, teniendo el empresario que salvaguardarlos con el establecimiento de medidas de carácter preventivas y fijando las responsabilidades por los actos de hostigamiento, es decir con la previsión y represión de tales actos

Tanto el principio de buena fe del contrato de trabajo como las obligaciones derivadas de ese vínculo jurídico imponen al empresario el deber de proteger y salvaguardar la dignidad del trabajador y sus derechos fundamentales, mediante la descomposición de los deberes contemplados en el ordenamiento laboral, cuya observancia conduce a un buen desarrollo del sistema productivo de la empresa

En definitiva, tanto las medidas preventivas como las distintas responsabilidades que se generan por razón de la gravedad de la conducta de acoso ejecutada, se plasman en reglamentos internos de trabajo y en convenios colectivos que se aplican en la organización empresarial. Ello sin perjuicio de la responsabilidad civil o penal que pueda exigirse conforme el sistema jurídico. Debe anotarse que no se han incorporado cláusulas ni disposiciones dirigidas a asegurar un ambiente laboral libre de acoso moral u hostigamiento sexual, ni a canalizar de manera específica las quejas que pudieran ser presentadas por los trabajadores frente a tales comportamientos, en convenios colectivos celebrados en nuestro medio.

En otros sistemas uno de los modelos que han adoptado medidas contra el acoso laboral, particularmente, es el encontrado dentro del ordenamiento jurídico colombiano donde se contemplan cuatro mecanismos de protección y garantía de los derechos laborales que

pueden resultar vulnerados con las conductas de acoso laboral, según Leonardo Guiza y Adriana Camacho, que son "acciones preventivas, las correctivas, las sancionatorias y las indemnizatorias. Adicionalmente, en el evento de una vulneración o amenaza de derechos fundamentales por una conducta de acoso laboral, también se puede invocar la acción constitucional de tutela"¹⁷⁶ Las acciones preventivas buscan evitar la ocurrencia de tales conductas, las correctivas se implementan cuando acontecen las mismas y pueden ser internas o externas -ventiladas en comités de empresa o aquellas interpuestas ante las inspecciones de trabajo-, las sancionatorias vienen a invalidar los actos de hostigamiento

Al momento de la preparación de este estudio, dentro de la Asamblea Nacional cursa un anteproyecto de ley (177/15), presentado¹⁷⁷ el 12 de febrero que busca prevenir, prohibir y sancionar el hostigamiento, al igual que cualquier forma de acoso basado en el sexismo, racismo o favoritismo, concretamente en el ámbito de las relaciones laborales y en cualquier ámbito de la vida social, introduciendo todo un sistema de acciones preventivas, correctivas y sancionatorias contra el sujeto que realiza conductas de acoso

En definitiva, esas formas de discriminación que se dan en el lugar de trabajo no promueven la armonía entre compañeros ni un buen ambiente laboral entre los mismos, ni el óptimo desarrollo de las actividades laborales en la empresa, ya que se lesionan la dignidad y derechos fundamentales del trabajador

¹⁷⁶ (2013 p 29)

¹⁷⁷ Es una iniciativa de la diputada Ana Matilde Gómez, única miembro independiente dentro de la Asamblea Nacional, motivando dicho documento su condición de mujer

1.2 *Libertad religiosa o de culto en el contrato de trabajo*

La libertad de religión o de culto es otro de los derechos fundamentales que se encuentran arraigados a la condición humana, como el resto de las otras libertades públicas, cuyo contenido no ha sido respetado por los empresarios dado que muchas veces o siempre provocan intromisiones a las creencias y convicciones libremente profesadas por los trabajadores. La libertad religiosa o de culto, como fuera nombrada en antaño, implica que toda persona pueda creer, descreer o no creer, y manifestar esas actitudes interiores mediante conductas positivas o negativas. Con esta libertad el hombre tiene una relación con la divinidad, es decir, con lo intangible, espiritual y sublime, y con todo aquello que no forma parte del ámbito secular y profano del mundo, independientemente de su origen o carácter trascendente o inmanente.

La libertad de religión o libertad de culto, que implica las creencias y convicciones hacia Dios, no pueden ser objeto de coacciones o impedimentos, salvo que su ejercicio vaya contra el orden público o pongan en peligro el interés general. Se aprecia una separación y fricción entre la religión y el derecho, quedando evidenciada cuando los actos religiosos tienen carácter externo pues en el plano individual e interior no traen consecuencias al momento del ejercicio de esa libertad personal.

La libertad ideológica, religiosa y de culto del individuo supone un atributo instalado de la voluntad de la persona humana, y es conocida en otras latitudes como una moneda de varias caras, diferenciada muchas veces y confundida otras, según destaca la doctrina. No hay duda que esa libertad tuvo positivización temprana, tanto en el ámbito internacional como en los ordenamientos nacionales, debido a las variadas situaciones

comprometedoras que fueron registradas en la historia de la humanidad. La libertad religiosa está reconocida en el artículo 18 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, cuando se establece que *"toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, este derecho incluye la libertad de cambiar de religión o de creencia, así como la libertad de manifestar su religión o su creencia, individual y colectivamente, tanto en público como en privado, por la enseñanza, la práctica, el culto y la observancia"*, en el artículo 18 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, se señala que *" este derecho incluye la libertad de tener o adoptar la religión o las creencias de su elección, individual o colectivamente, tanto en público como en privado, mediante el culto, la celebración de ritos, las prácticas y la enseñanza"*, y en el artículo 12 de la Convención Americana de Derechos Humanos, se recepta la libertad de conciencia y de religión en los mismos términos que el Pacto Internacional

Cabe anotar que la libertad religiosa no debe ser confundida con la libertad de conciencia ni con la libertad de pensamiento, aunque con ambas tengan una relación estrecha, pues, aquella envuelve distintas situaciones relacionadas con la fe derivadas del libre albedrío y los sentimientos y la libertad de conciencia es un juicio o razonamiento basado en el orden de los valores o, mejor dicho, refleja un acto de la propia razón fundado o infundado, mientras que la libertad de pensamiento entraña buscar el saber seguro y cierto acerca de un determinado estado de cosas. Según Mario Madrid-Malo Garizábal, no obstante, la libertad de religión "no puede ejercerse en toda su plenitud si a su titular

se le impide el seguimiento de los dictámenes morales de la razón, o se le imposibilita y estorba lo que hace salir de la duda y alcanzar la verdad"¹⁷⁸

En España, la libertad de religión está consagrada en el artículo 16.1 de la CE, cuando se dispone que "*se garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y las comunidades sin más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley*" Como complemento se establece que "*nadie podrá ser obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencias*" (16.2 CE)

La libertad religiosa y de culto comprende el derecho de toda persona a profesar las creencias religiosas que libremente elija o decida no profesar ninguna, cambiar de confesión o abandonar la que tenía, manifestar libremente sus creencias o convicciones y abstenerse de declarar sobre ellas. También a practicar los actos de culto y recibir asistencia religiosa de su propia confesión durante los momentos determinantes de su existencia, celebrar sus ritos matrimoniales, recibir o no sepultura digna, y a no recibir asistencia religiosa contraria a sus convicciones personales. Por demás a recibir e impartir enseñanzas o información religiosa de su preferencia, y reunirse o manifestarse públicamente con fines religiosos, al igual que asociarse para desarrollar con otros sus actividades religiosas. Esto último implica que es un derecho que comporta una dimensión colectiva cuando las personas están reunidas y/o congregadas para profesar su fe o religión, lo que indica que aparece reconocido a los individuos y las comunidades

¹⁷⁸ (2004 pp 432-433)

En cuanto al acceso de la libertad religiosa al ámbito de las relaciones laborales, se puede decir con Fernando Valdés Dal Ré que ella tiene presencia "...en el momento de la contratación, ejecución y extinción del contrato de trabajo y con independencia de la acomodación que este derecho puede tener respecto de determinadas actividades profesionales relacionadas con la ideología de una organización"¹⁷⁹. Así, el ejercicio de la libertad religiosa en este campo reclama del empleador que éste no deba entrometerse en las creencias ni convicciones que profesa el trabajador, ni pueda ejecutar acciones dirigidas a discriminarlo por ese motivo o por cualquier otro, ni a facilitar prácticas religiosas que tiendan a modificar las condiciones de trabajo. Por tanto, al empleador le está vedado cualquier intromisión en las creencias religiosas del trabajador, sea en sentido negativo o positivo, al momento de adoptar decisiones o medidas que conciernan al desarrollo de su actividad o prestación laboral.

Con este derecho se exige al empresario una conducta de neutralidad, esto es, que el empresario cumpla un deber negativo o que mantenga una conducta meramente pasiva frente a las convicciones religiosas de sus trabajadores. Es decir, que tenga una conducta de indiferencia hacia las creencias religiosas del trabajador.

El alcance de la libertad religiosa así como su juego aplicativo en el marco del contrato de trabajo, ha generado un proceso creciente de interrelación, con el cual se han abierto nuevos escenarios y han creado nuevos conflictos, originados por causas variadas y complejas, dentro de empresas de tendencia ideológica y organizaciones religiosas,

¹⁷⁹ (2003 p 130)

inclusive, según la doctrina científica¹⁸⁰. Cuando se estudia la aplicación este derecho fundamental en esa clase de empresas se advierte que toda esa problemática diferencia tres situaciones bien concretas¹⁸¹, las cuales presentan perfiles muy particulares. Se considera que el empresario no sólo vulnera el derecho a la libertad religiosa del trabajador cuando impide su ejercicio como se expuso con anterioridad¹⁸², sino cuando lo dificulta o, sencillamente, cuando no hace nada para facilitararlo desde mi punto de vista.

De conformidad con la jurisprudencia española entre las situaciones que han sido identificadas como injerencias o intromisiones del empleador en detrimento de la libertad religiosa o de culto, se pueden mencionar las siguientes: impedir que los trabajadores asistan a sus fiestas religiosas, obstaculizar por cualquier medio su realización, imponer cambios de horarios o de turnos destinados a truncar el ejercicio de dicha libertad, someter a los trabajadores al uso de determinadas vestimentas o tipo de prendas por motivos religiosos, cuando ello afecte sus creencias o convicciones.

No obstante, su doctrina ha apuntado que el trabajador no puede negarse por motivos religiosos a utilizar determinada ropa de trabajo, ni tampoco a someterse a

¹⁸⁰ Vid. Valdes Dal R6, Fernando. "Libertad religiosa y contrato de trabajo", tras referirse a los tradicionales focos de friccion entre religi6n y trabajo, se presentan nuevos terrenos de encuentro debido a dos causas, la primera, la emergencia de nuevas o no tradicionales religiones y creencias religiosas, de heterog6neo origen, y, la segunda, los intensos flujos migratorios que han contribuido a acentuar la diversidad religiosa en las sociedades democr6ticas (2006 pp 576-577)

¹⁸¹ Vid. Rodriguez Cardo, Iv6n. "La incidencia de la libertad religiosa en la relaci6n de trabajo desde la perspectiva del Tribunal Constitucional Espa6ol" ha sido clasificada en tres grandes grupos que guardan relaci6n con el tratamiento de la libertad de religi6n en las relaciones laborales dentro de las llamadas empresas de tendencia o de ideologias, el peculiar procedimiento de selecci6n de los profesores de religi6n en centros p6blicos, siendo necesario clarificar si la no renovaci6n de un contrato de trabajo puede estar basada en criterios ajenos al rendimiento profesional, y la necesidad que la empresa adapte su organizaci6n y procedimientos para ajustarse a las convicciones religiosas de un trabajador que solicita modificaciones para su prestaci6n de servicios no resulte incompatible con esa libertad (2011 pp 19-20)

¹⁸² Vid. Salas Porras, Mar6a. "El poder de direcci6n del empresario como elemento modulador del derecho fundamental del trabajador a la libertad religiosa. Revisi6n de la jurisprudencia espa6ola procedente del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo", plantea sus consideraciones partiendo de pronunciamientos que no distinguen entre si los actos de culto que colisionan con los deberes contractuales forman o no parte de los c6digos normativos de obligado cumplimiento para los creyentes, establecido cuando una trabajadora perteneciente a la Iglesia Adventista del S6ptimo D6a, reclama infructuosamente la acomodaci6n de sus deberes laborales a su deber religioso de *sabbat* (2014)

reconocimientos médicos obligatorios si no es razonablemente posible que se utilice un método inocuo para sus convicciones, por lo que se impone en cualquier caso una valoración casuística y la apreciación de proporcionalidad a fin de encontrar una solución conciliadora y armonizada de los intereses concurrentes. Por ende, entra en juego de nuevo el juicio de ponderación, denominado también criterio de acomodación razonable, el cual es tratado en el último capítulo de este trabajo.

Este criterio de acomodación razonable, cuando se menciona que el derecho fundamental del trabajador debe soportar un sacrificio o ceder en caso que el gravamen o medida resulta una acomodación de las condiciones de trabajo, siendo excesivo para el empleador, entonces se alude al aspecto de la libertad religiosa como deber positivo, teniendo el empleador que facilitarle al trabajador el ejercicio de los deberes religiosos. No cabe hablar de acomodación razonable cuando se trate del deber negativo, por lo que se debe respetar dicha libertad, ya que la inmunidad de coacción y/o no discriminación por motivos religiosos no están sujetos a condición alguna, quedando obligado el empleador a observarla sin excepción, tal como ya se ha afirmado en otro lugar y momento.

Si todos esos comportamientos empresariales de hostilidad quedan plasmados en sanciones disciplinarias o despidos en perjuicio del trabajador, sin duda, constituyen claros atentados hacia los derechos fundamentales mencionados porque se convierten en actos discriminatorios, ilegales y abusivos.

Al examinar la incidencia de la libertad religiosa en la jurisprudencia peruana, se advierte el escaso tratamiento pese a que se ha discutido y reconocido su vigencia cuando un

trabajador argumentando sus creencias religiosas incumplió su jornada de trabajo y fue despedido, generándose una polémica doctrinal sobre la aplicación de ese derecho fundamental o la libertad de conciencia¹⁸³. El caso en cuestión, se refiere a un médico que labora para un hospital donde se brinda seguridad por razón del seguro social de salud, y que se convirtió al culto de la Iglesia Adventista del Séptimo Día, por lo que se abstuvieron de programarle horarios de trabajo los días sábados a fin que se los dedicara al culto de su confesión religiosa, pero con el pasar del tiempo se volvieron a programar labores los días sábados y el trabajador entabló un acción de amparo por vulnerarse sus libertades de conciencia y religión, declarándose fundada la reclamación y se dispuso que no se le incluyese en las jornadas de trabajo los días sábados, y exhortando a que se tomaran las medidas para compensar dichas inasistencias y no se vea afectada la productividad laboral del accionante.

La sentencia que se viene comentando, tal como señala Luz Pacheco Zerga, puso de manifiesto "la incuestionable vinculación entre ambos derechos, pues es difícil si no imposible, concebir un adecuado desarrollo de la libertad religiosa, sin prestar las debidas garantías para el ejercicio de la libertad de conciencia, destacando que en purdad la libertad de conciencia está vinculada a la libertad de ideas, mientras que la libertad de

¹⁸³ Vid., Sentencia fechada 19 de agosto de 2002, recaída sobre el expediente 0895-2002-AA/TC, del Tribunal Constitucional de Perú, cuyo fundamentación no estuvo alineada con la libertad religiosa sino con el derecho a la de conciencia que no tiene expresa consagración en el texto constitucional sino una derivación implícita, siendo cuestionado dicho contenido dentro del fallo, a través de los votos discordantes de dos magistrados basadas en los conceptos de libertad de trabajo y deber de no aplicar diferencias para los trabajadores y, por otro lado, no hubo una adecuada ponderación de los intereses enfrentados, según explica Carlos Blancas Bustamante, en su libro (2007 pp242-247). Con anterioridad, Juan Carlos Cortés Carcelén, cuando hizo su análisis de la primera sentencia que reconociera la libertad religiosa en materia laboral dijo que confundía dicho derecho fundamental con la libertad de conciencia, que implica para toda persona formarla sin intromisiones, mientras que la libertad religiosa comporta el derecho de todo individuo de formar parte de una determinada confesión religiosa, de creer en el dogma y la doctrina propuesta por dicha confesión y manifestar pública o privadamente las consecuencias de sus convicciones religiosas y practicar su culto (2004 p70). Se observa que la aplicación de la libertad religiosa a las relaciones laborales ha sido muy excepcional, como dice Daniel Ulloa, siendo el único caso conocido por el TCP el resuelto por la sentencia 19 de agosto de 2002, cuando estudia este derecho fundamental en la práctica jurisprudencial constitucional peruana, reconociendo la discusión doctrinal antes de la aprobación de la Ley 29635 de 2010 y su reglamento el decreto supremo 10-2011, instrumentos que abordan la libertad religiosa en el ámbito laboral (2012 pp 539-542).

religión, a la libertad de creencias¹⁸⁴. En consecuencia, es necesario definir con precisión el contenido de esas libertades y, especialmente, cómo operan en el terreno individual sobre todo la libertad de conciencia

Este precedente se produjo antes de la aprobación los instrumentos jurídicos que establecen los parámetros normativos infraconstitucionales sobre este derecho fundamental, los cuales abordan diferentes ámbitos y particularmente la temática laboral, siguiendo a Daniel Ulloa que precisa la necesidad de su respeto "antes de iniciar y durante la relación laboral, señalando como ejemplos que un empleador no puede establecer como requisito para acceder a un puesto de trabajo que el postulante tenga o no un determinado credo religioso (lo cual anularía su libertad de religión), salvo que la entidad contratante sea un empleador de ideología o de tendencia religiosa, lo cual se probaría con lo que definan sus estatutos o normas internas, y, también, que el empleador no puede imponer a sus trabajadores el seguir un determinado credo, realizar actos propios de un credo (comenzar el turno de trabajo con una oración o que se adoren determinadas imágenes) o tratarlos diferente por sus creencias religiosas"¹⁸⁵

Ese respeto y reconocimiento de la libertad religiosa en el marco de las relaciones laborales, seguramente, debe imponerse al establecer una necesaria armonía o comparación equilibrada entre la libertad religiosa frente a la libertad de empresa, es decir, ante la colisión de derechos fundamentales

En nuestro derecho, la libertad religiosa está proclamada en el artículo 35 de la Constitución Política, con una vieja formulación que dice "*Es libre la profesión de todas*

¹⁸⁴ (2004 p 81)

¹⁸⁵ (Op Cit pp 544-549)

las religiones, así como el ejercicio de todos los cultos, sin otra limitación que el respeto a la moral cristiana y al orden público. Se reconoce que la religión católica es la de la mayoría de los panameños" En tanto que, la libertad de pensamiento está consagrada en el artículo 37 de la Carta Magna, así *"Toda persona puede emitir libremente su pensamiento de palabra, por escrito o por cualquier otro, sin su sujeción a censura previa, pero existen las responsabilidades legales cuando por alguno de estos medios se atente contra la reputación o la honra de las personas o contra la seguridad social pública"* Es claro que son derechos fundamentales diferentes, pero pertenecientes al individuo en su condición de persona, que no son aspiraciones sino atributos de la esencia del hombre y expresiones de la voluntad humana

Pese al poco desarrollo legislativo de ese precepto constitucional y la ausencia de conflictos laborales en nuestro medio resueltos por la vía judicial, existen innumerables casos donde este derecho es irrespetado o lesionado, particularmente cuando se descuentan de las vacaciones del trabajador el tiempo no servido durante el cierre de la empresa por motivos o fiestas religiosas del empleador, podría ser considerado -y de hecho así lo estimo- un acto lesivo de la libertad religiosa del trabajador habida cuenta que se le impone las creencias y convicciones que no escogió libremente ni profesa por su propio albedrío. Por tanto, si esa situación viene ocurriendo en la práctica debe cesar por constituirse en una violación flagrante de ese derecho fundamental de la persona del trabajador. Ello no significa que no se reconozcan ni respeten las variadas religiones o

libertades de culto que se practican en Panamá¹⁸⁶, desde antes de la vida republicana, como parte de la diversidad cultural del pueblo panameño y los extranjeros que han escogido el territorio nacional como su segunda patria.

Se observa que resulta escasa cuando no ausente, entre nosotros, la aplicación de la libertad religiosa o de culto en las relaciones laborales dentro de la praxis judicial, sea en sede laboral o constitucional, lo debe motivar su particular análisis o incidencia en el futuro, no muy lejano¹⁸⁷

1.3 Libertad de expresión del trabajador en las relaciones laborales

La libertad de expresión es uno de los derechos humanos cuyo ejercicio permite exteriorizar las ideas y pensamientos de los individuos, sin que puedan sufrir por ello represalia alguna, instaurando un canal de comunicación que facilita la paz social y garantiza el buen funcionamiento de la sociedad democrática. Así, la libertad de expresión comprende una doble dimensión, individual y colectiva, ya que se trata de un derecho inalienable de las personas y comporta un modo de relación con los demás al conocer las opiniones y pensamientos ajenos. Tiene como presupuesto la libertad de

¹⁸⁶ Vid., en detalle, el análisis aparecido en la *Revista Cultural Lotería*, No 511, donde se presentan las reflexiones de los máximos jerarcas y representantes de las religiones evangélicas, católicas, anglicanas, judaicas, islámicas, metodistas, ortodoxas griegas, etc., profesadas en nuestro país (2013)

¹⁸⁷ Dentro del anteproyecto de acto constitucional, elaborado por la comisión de notables, se propuso darle una mejor configuración a la libertad religiosa así: "*Artículo 54 Libertad religiosa. Es libre la profesión de todas las religiones, así como el ejercicio de todos los cultos, sin otra limitación que el respeto a la moral y al orden público. Se reconoce el protagonismo de la religión católica en la formación histórica y cultural de la Nación panameña*". La redacción establecida permite concluir que es posible la aplicación de ese derecho fundamental en las relaciones laborales, dado que los límites impuestos se reducen al orden público y concepto abstracto de la moral, por lo que ella puede alcanzar dicho ámbito jurídico. Al respecto puede consultarse mi ensayo sobre derechos fundamentales en las proyectadas reformas constitucionales, el cual sintetiza la propuesta del nuevo modelo constitucional para el Estado panameño, la renovada cobertura de los derechos fundamentales del trabajador -tanto específicos como inespecíficos- y la amplia tutela judicial que podrá ser ejercida para la defensa de esta categoría de derechos (2012 pp 76-82)

pensamiento que es una verdadera consecuencia de la autonomía de la conciencia de toda persona

Junto a la libertad de expresión se coloca la libertad de información que resulta necesaria para que aquella sea coherente y efectiva. Ambas son libertades que pertenecen al ámbito de los derechos de la comunicación en el derecho extranjero. En efecto, el artículo 20.1 de la Constitución Española reconoce el derecho "*a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción*". Con ello se permite que el trabajador como persona pueda ejercer el derecho fundamental de la libertad de expresión y difusión de sus ideas u opiniones, sin traba alguna, perteneciendo ese derecho que tienen todos a la comunicación en una sociedad

Ese derecho fundamental cuya validez resulta incuestionable en la esfera laboral, según Gloria Rojas Rivero, pues no admitirlo "parece un contrasentido, realmente lo sería, que el reconocimiento del derecho fundamental a la libertad de expresión por la normativa constitucional pudiera ver reducida su aplicación a la exigencia de que el Estado permita la libre difusión de opiniones, pero consintiera las presiones sobre la libertad de pensamiento e ideas, o la prohibición de manifestarlas, ejercida por un empresario en relación con sus asalariados"¹⁸⁸

De acuerdo con Fernando Valdés Dal Ré, la libertad de expresión viene a ser una "garantía para la vigencia de un sistema democrático de relaciones laborales"¹⁸⁹, contribuyendo a su desarrollo y progreso. Se erige como un derecho cuyo ejercicio

¹⁸⁸ (1991 p. 49)

¹⁸⁹ (Op. Cit. p. 141)

moviliza o puede movilizar los intereses más encontrados entre el trabajador y el empresario. Esa colisión de intereses traducidos en derechos fundamentales será ajustada conforme los cánones de proporcionalidad o juicio de ponderación. En igual sentido, Alfredo Montoya Melgar anota que "la libertad de expresión -referida a la comunicación sin trabas del pensamiento- también puede verse modalizada en el seno del contrato de trabajo, especialmente atendiendo a exigencias de la buena fe"¹⁹⁰. Este señalamiento envuelve la limitación a este derecho fundamental en el terreno de las relaciones laborales.

Como la empresa es la sede natural de conflictos laborales y la libertad de expresión se ha convertido en un instrumento de presión en los conflictos colectivos, nos recuerda Juan María Bilbao Ubillos que "esta libertad desarrollaría dos funciones básicas (no excluyentes) en el ámbito de las relaciones laborales: una función reivindicativa, como instrumento de presión frente al empleador para la consecución de determinadas pretensiones, casi siempre de carácter laboral, y una función de denuncia, cuando se ejercita como el fin de poner en conocimiento de la empresa y, sobre todo, de terceros, determinadas irregularidades o anomalías, especialmente en relación con el producto o servicio objeto de la actividad empresarial"¹⁹¹.

Tras examinar ciertos pronunciamientos del Tribunal Constitucional Español, referidos a la libertad de expresión en el marco de las relaciones laborales, Salvador Del Rey Guanter, llega a reseñar la aplicación de este derecho fundamental ante situaciones concretas que tienen que ver con "...las declaraciones críticas que hizo un trabajador,

¹⁹⁰ (1995:p.311).

¹⁹¹ (1997:p.492).

jugador de fútbol de un club deportivo, dando su opinión sobre una sanción que estimaba su descontento con ella; cuando un trabajador publica una carta en dos periódicos de tirada nacional, dirigida al director donde criticaba la realización de horas extraordinarias en la empresa, considerando que ello producía un impacto negativo en el empleo; cuando la trabajadora de un hospital perteneciente a una orden religiosa, vierte sus afirmaciones críticas durante la celebración de un acto religioso, efectuado en una de las salas de enfermos del hospital, al que se había trasladado dicho acto, en vez de ser celebrado en la capilla, como consecuencia de los problemas existentes para trasladar a los enfermos a esta última¹⁹². Esos casos se discutieron en las sentencias (STC6/95, STC4/96, STC106/96).

Con esas sentencias se produjo una posición fuertemente proteccionista respecto del ejercicio de ese derecho fundamental, al concederse los amparos entablados por los trabajadores, habida cuenta que se consideraron dos aspectos muy importantes como son el objeto laboral de las críticas del trabajador y el contenido de las mismas que no era ofensivo para el empresario. Fuera del avance de la tendencia hacia la vertiente constitucional de los derechos de la persona en el marco de las relaciones laborales, a su vez, se produjo un adecuado equilibrio entre los derechos ejercitados y las obligaciones dimanantes de dicha relación para el trabajador y para el empleador que son sus correlativas facultades. Ese equilibrio o modulación ha surgido debido a la existencia de una relación de trabajo que no puede impedir el ejercicio de este derecho fundamental, pero si incide sobre el mismo, dada su especial configuración y exigencias establecidas con arreglo a la buena fe.

¹⁹² (1998:pp.14-16).

Entonces, es claro que el derecho de expresión y de difusión de ideas y/o pensamientos dentro del ámbito del contrato de trabajo, está condicionado a los derechos y obligaciones recíprocos que tienen el empleador y el trabajador, convirtiéndose dicho régimen en las limitaciones de ese derecho fundamental. El trabajador tiene derecho a manifestar sus ideas, opiniones o creencias, siempre que esa manifestación no incida en el cumplimiento de sus deberes laborales, en cuyo caso no parece que la libre expresión plantee problemas jurídicos de relevancia. La organización de la iniciativa económica, en forma de empresa, no puede convertirse en una potestad que excluya la actividad de pensamiento y de expresión del trabajador sobre distintas materias que definen su personalidad, en cuanto hombre y ciudadano. Por tanto, el trabajador tiene el derecho a expresar libremente sus pensamientos, ideas y opiniones, pero también tiene la obligación de respetar unos límites, en razón de la consideración a los demás y naturalmente al empresario o empresa.

En Perú, cuando se determina el alcance del texto del artículo 2.4 de la Constitución Política, el Tribunal Constitucional ha precisado que *"la libertad de expresión conlleva una serie de deberes y responsabilidades para con terceros y para con la organización social. Así que no es posible hablar sobre esta base de derechos absolutos"*, conforme la Sentencia de 11 de octubre de 2004, dictada dentro del expediente 2465-2004-AA/TC. Al admitir su penetración en el marco de las relaciones laborales, dicha autoridad sostuvo que *"la limitación de la libertad de expresión del trabajador solo puede llevarse a cabo en nombre de otro derecho fundamental: la libertad de empresa. Esta protege los legítimos intereses económicos del empleador, en la medida en que supone el derecho de las personas a elegir libremente la actividad ocupacional o profesional que desee o*

prefiera desempeñar, disfrutando de su rendimiento económico y satisfacción espiritual", según la Sentencia del 11 de julio de 2005. Referido a este derecho reconocido al servidor público que criticaba la actuación de la entidad donde laboraba, durante una entrevista radial concedida como representante sindical, el Tribunal Constitucional en Sentencia de 11 de julio de 2002, dictada en el expediente 1058-2004-AA/TC, ha dicho que *"el legislador puede imponer límites al ejercicio de dichas libertades en el ámbito de las relaciones especiales de sujeción bajo las que se encuentran determinados individuos, como ocurre precisamente en el caso de servidores públicos, respecto de los cuales se prevé la obligación de contar con autorización de su superior jerárquico para ejercerlas. No obstante, en la medida que esos límites tienen por propósito garantizar la efectividad de los intereses públicos a los que sirve una dependencia pública, su aplicación para sancionar administrativamente a un servidor público sólo puede justificarse en la medida en que, con el ejercicio de las libertades informativas, se haya comprometido los intereses públicos"*. La opinión vertida no puso en riesgo el normal cumplimiento de las funciones ni comprometió el principio de jerarquía, reconociéndose este derecho fundamental, utilizado como instrumento de presión y de denuncia sindical según recuerda la doctrina peruana¹⁹³.

A nivel interno no conozco pronunciamiento de los tribunales laborales ni de la justicia constitucional, que se haya ocupado de analizar la aplicación de ese derecho fundamental

¹⁹³ Vid., Sanguinetti Raymond, Wilfredo. *"La protección de los derechos laborales en la Constitución Peruana de 1993"*, donde estudia el ámbito de aplicación y de respeto de los derechos constitucionales en las relaciones de trabajo, siguiendo la corriente del Tribunal Constitucional Español. (2006). Por su parte, Cortés Carcelén, Juan Carlos en su artículo *"Los derechos inespecíficos laborales: análisis de algunas sentencias del Tribunal Constitucional"*, se refiere a la vigencia del artículo 2.4 de la Constitución que reconoce el derecho a la libertad de expresión, enfocado principalmente a los comunicados elaborados y publicados por dirigentes de organizaciones sindicales, esto es, prefiriendo su aplicación en la esfera asociativa. (2004).

dentro del ámbito de las relaciones laborales, pudiendo adoptarse los criterios vertidos por la jurisprudencia extranjera.

La única referencia directa a este derecho fundamental, en nuestra legislación laboral, se encuentra en el numeral 2, acápite A del artículo 213 del Código de Trabajo, al establecer una clara limitación al ejercicio de la libertad de expresión del trabajador, cuando dicha libertad es utilizada para "*injuriar al empleador, a sus familiares, miembros del personal directivo de la empresa e incluso sus compañeros de trabajo, salvo que hubiera mediado provocación*", estableciéndose como causa de despido y autorizando al empleador imponerlo, si dicha conducta se "*produce durante las labores del trabajador o fuera del centro del centro de trabajo, inclusive, si por razón de la gravedad de dichos actos fuere imposible la continuación del contrato de trabajo*". El abusivo ejercicio de este derecho fundamental es considerado una falta grave que pudiera ser, severamente, sancionado por el empleador.

El reconocimiento de los derechos de personalidad en las relaciones colectivas de trabajo¹⁹⁴, en nuestro derecho, podrá derivarse de las disposiciones legales que establecen

¹⁹⁴ Vid., al respecto, las consideraciones doctrinales que establecen que el derecho de la persona del trabajador, empleado con frecuencia en la esfera colectiva, según Gloria Rojas Rivero, quien propone su plena validez cuando escribe que "la libertad de expresión como derecho fundamental se instrumenta a través de ciertos derechos colectivos o sindicales como el reparto de propaganda e informaciones, o los tableros de anuncios, o de derechos individuales, si bien reconocidos en atención a la calidad de representante de los trabajadores, y argumentar después que la libertad de expresión forma parte de la actividad sindical, resulta a todas luces un comentario ocioso"(1991). También Fernando Valdés Dal Ré explica que "la relación laboral actúa como fuente de relaciones de cooperación y de conflicto y, por lo mismo, como privilegiada y constante ocasión para la transmisión e intercambio de opiniones e ideas y para la emisión y recepción de un caudal de información sobre hechos y datos, por lo que la libertad de expresión también es garantía para la vigencia de un sistema democrático de relaciones laborales en su dimensión colectiva"(2003). Por tanto, dicha libertad constituye un instrumento indispensable para un real y efectivo ejercicio de los derechos de libertad sindical, tanto en su faceta de derechos de organización como, sobre todo, en su vertiente de derechos de actividad (negociación colectiva, conflicto colectivo y huelga, por citar los más significativos). Ella resulta válida para las relaciones de orden colectivo, aunque la configuración e importancia de esta categoría de derechos se presenta en la dimensión individual del nexo laboral. Y, refiriéndose al sistema normativo español, Ángel Blasco Pellicer señala que "el reconocimiento de los derechos fundamentales inespecíficos en el ámbito de las relaciones colectivas de trabajo no se ha podido a través del reconocimiento de los mismos a cada uno de los sujetos que intervienen en dichas relaciones, sino que se ha desarrollado, de forma singular y especial, mediante una interpretación expansiva del artículo 28.1 CE que en unos derechos inespecíficos se aprecia con mayor intensidad que en otros. Con meridiana claridad la STC 37/1983 señaló que la combinación de los artículos 7 y 28.1 CE permite que la propia actividad sindical, como elemento teológico que

la obligación del empleador de *"guardar la debida consideración, absteniéndose de maltratarlos de palabra o de obra y de cometer en su contra actos que pudieran afectar su dignidad"*, según el numeral 6 del artículo 128 del Código de Trabajo, también de aquellas previsiones donde se le prohíbe *"constreñir a los trabajadores por coacción o por cualquier otro medio para que se afilien o no a un determinado sindicato o influir en sus decisiones políticas o convicciones religiosas"*, o *"ejecutar cualquier acto que restrinja los derechos del trabajador"* y *"realizar actos de acoso sexual"*, tal como lo ordenan los numerales 4,10 y 15 del artículo 138 del mismo Código

1.4 Intimidad y privacidad del trabajador dentro de la empresa

La intimidad ha cobrado una relevancia creciente, en la actualidad, debido al desarrollo de las comunicaciones y los grandes cambios tecnológicos que constituyen nuevos desafíos de la sociedad digitalizada. Su aparición no es reciente, según recuerda Antonio Pérez Luño, cuando apunta que su origen histórico "se halla estrechamente ligada al nacimiento de la burguesía"¹⁹⁵. En ese tiempo fue concebida la intimidad como una aspiración de la burguesía de acceder a lo que antes había sido privilegio de unos pocos, siendo esa aspiración potenciada por las nuevas condiciones de vida tras ubicarla indiscutiblemente en el mundo antiguo. Así, la intimidad ha sido una necesidad desde tiempos inmemoriales de la humanidad, pues se trata de un instinto de supervivencia que precede el ordenamiento jurídico.

forma parte del contenido esencial de la libertad sindical, se integre en el derecho fundamental y goce de protección que el artículo 53.2 CE atribuye a los derechos y libertades reconocidos en la Sección primera del Capítulo segundo, Título primero CE" (2004)

¹⁹⁵ (1995-p 321)

En términos generales, la intimidad corresponde al ámbito estrictamente personal y síquico de la persona. Es una especie de derecho a la soledad destinado a conservar en un carácter privado los asuntos íntimos de la persona. En vista que prefiere que sus asuntos queden fuera del alcance del resto de las personas, la intimidad, hace parte del patrimonio inviolable de cada persona.

Suele ser diferenciada de la privacidad que alude a los espacios o zonas que toda persona desea que sean reservadas o alejadas del conocimiento de los demás. Se dice que la privacidad implica la posibilidad de realizar acciones de naturaleza privada, sin que admitan injerencias, aunque se pongan a la vista de los demás integrantes del cuerpo social. Constituyen conceptos distintos pese a que tienen por objeto resguardar ese ámbito reservado del individuo de la publicidad no querida.

En el plano internacional la intimidad ha sido protegida en instrumentos como la Declaración Universal de Derechos Humanos, según lo dispuesto en su artículo 12 que *"Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia... Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias"*; igual formulación se encuentra en el artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; y la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece en su artículo 11 que *"Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación... Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias"*.

La intimidad o vida privada ha sido incluida de forma expresa o implícita en los sistemas jurídicos, ya sea por disposición constitucional o por mandato legal, aunque su fuente originaria se encuentra en el desarrollo jurisprudencial. De modo expreso han recibido el derecho a la intimidad España, Chile, Ecuador, Brasil y Perú, entre otros; mientras que hay países que aceptan su reconocimiento implícito, mediante elaboraciones doctrinales y jurisprudenciales, tales como Italia, Uruguay y Panamá. Únicamente, voy a referirme a aquellos ordenamientos que sirven a los propósitos de este estudio.

Cuando adquiere dimensión social y es resguardado como un valor constitucional, junto al honor y la propia imagen, conformando los llamados derechos de personalidad, este derecho natural rebasa los límites estrictos de las libertades individuales. La protección del derecho a la intimidad representa la columna vertebral de los derechos relacionados con la individualidad de la persona.

En España, esos derechos de la personalidad han sido constitucionalizados en el artículo 18.1 de la CE, promulgada en 1978, tras haber sido "creados originariamente por la jurisprudencia civil"¹⁹⁶ conforme destaca Juan María Bilbao Ubillos. La intimidad como derecho elevado a rango constitucional después del invento de la jurisprudencia¹⁹⁷, penetra la relación de trabajo, en virtud de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales. Por eso, se dice que el derecho a la intimidad reconocido en el régimen español ha pasado a ser un componente fundamental del Derecho Laboral, ya que exalta y defiende la dignidad de la persona del trabajador.

¹⁹⁶ (1997:p.730).

¹⁹⁷ Vid., el famoso ensayo de Samuel Warren y Louis Brandeis, denominado "*The Right to Privacy*", cuyo contenido destacaba el emblemático precedente de la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos donde fue reconocida la intimidad como derecho frente a los demás.

Con el derecho a la intimidad que se reconoce en el artículo 18.1 de la Constitución Española, el cual es desarrollado legalmente por el Estatuto de Trabajadores en el artículo 4.2 e) cuando se contempla este derecho a favor del trabajador y a la consideración debida de su dignidad en el ámbito de la relación laboral, según José Luis Goñi Sein, se "pretende tutelar con carácter extensivo la denominada esfera privada del trabajador"¹⁹⁸.

Acorde a lo expuesto, Manuel Carlos Palomeque López, en una insuperable elaboración conceptual, viene indicando que el derecho a la intimidad personal es un derecho fundamental "estrechamente vinculado a la personalidad y que deriva de la dignidad de la persona, reconoce e implica, por su parte, la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, cuyo núcleo central radica en la facultad de abstención de injerencias por parte de otro, tanto en lo que se refiere a la toma de conocimientos intrusiva, como a la divulgación ilegítima de esos datos"¹⁹⁹. Se trata de una protección frente a cualquier intromisión injustificada a la vida privada, sea de las autoridades o en la esfera privada del individuo, sin importar los medios que son empleados para ocasionar su lesión.

Este derecho se concreta a proteger las condiciones que rodean la vida privada del trabajador dentro de la empresa, representando la finalidad del derecho a la intimidad.

Como señala Juan Sagardoy Bengoechea, y estoy de acuerdo, "el derecho a la intimidad es proteiforme, pues tiene muy variadas manifestaciones, todas ellas ligadas a la dignidad humana, y con una especial vocación de desarrollo, especialmente por la creciente

¹⁹⁸ (1988:pp.21-22).

¹⁹⁹ (2002:p.160).

incidencia en la intimidad de la nuevas tecnologías"²⁰⁰. Ante su enorme fecundidad, se habla de la intimidad personal corporal o física, intimidad personal psíquica, intimidad personal económica, intimidad personal social y profesional, intimidad personal informática, intimidad personal sexual y de hábitos o costumbre, intimidad personal de comunicación, etc.

Entonces, se observa que es un derecho muy amplio cuya protección no se agota con lo dispuesto en la Ley, sino que se extiende a las declaraciones de la jurisprudencia. En tal sentido, María Fernanda Fernández López, cuando delinea el contorno y complejidad de ese derecho, indica que "la intimidad en el ámbito de la empresa no afecta sólo a aquellos aspectos más evidentes de la tutela de la intimidad corporal y del pudor, o de los espacios concretos en que el trabajador guarde sus objetos personales o su ropa durante el trabajo, sino que en la jurisprudencia constitucional paulatinamente ha ido ampliando su contenido hasta abarcar esa esfera de autodeterminación..."²⁰¹. La tutela de la intimidad del trabajador se proyecta como límite a los poderes empresariales; como derecho vinculado con el derecho a la propia imagen del trabajador y otros derechos fundamentales; como fundamento ante las modalidades de acoso sexual y moral; y como elemento que modula las limitaciones y prohibiciones derivadas del contrato de trabajo.

Dentro de la nutrida jurisprudencia constitucional relativa a la intimidad, de inmediato, cabe referirse a aquellas sentencias que tienen incidencia en el complejo contenido de las relaciones de trabajo. Así, en la Sentencia 98/00, del 10 de abril el Tribunal Constitucional declaró lesivo del derecho a la intimidad la instalación de un sistema de

²⁰⁰ (2005:p.56).

²⁰¹ (2006:p.628).

audición que permitía grabar las conversaciones de los trabajadores entre ellos y con los clientes, habida cuenta que no se ajustaba al principio de proporcionalidad al no estar acreditada la necesidad.

Expresamente, la sentencia dispuso que *"la instalación de aparatos de captación y grabación del sonido en dos zonas concretas del casino como son la caja y la ruleta francesa no carece de utilidad para la organización empresarial, sobre todo si se tiene en cuenta que se trata de dos zonas en las que se producen transacciones económicas de cierta importancia. Ahora bien, la mera utilidad o conveniencia para la empresa no legitima sin más la instalación de los aparatos de audición y grabación, habida cuenta de que la empresa ya disponía de otros sistema de seguridad que el sistema de audición pretende complementar. Así las cosas, el uso de un sistema que permite la audición continuada e indiscriminada de todo tipo de conversaciones, tanto de los propios trabajadores, como de los clientes del casino, constituye una actuación que rebasa ampliamente las facultades que al empresario otorga al art. 20.3 LET y supone, en definitiva, una intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad consagrado en el art. 18.1 CE"*.

En dicha sentencia también se sostuvo que *"La implantación del sistema de audición y grabación no ha sido en este caso conforme con los principios de proporcionalidad e intervención mínima que rigen la modulación de los derechos fundamentales por los requerimientos propios del interés de la organización empresarial, pues la finalidad que se persigue (dar un plus de seguridad, especialmente ante eventuales reclamaciones de los clientes) resulta desproporcionada para el sacrificio que implica del derecho a la*

intimidad de los trabajadores (e incluso de los clientes del casino). Este sistema permite captar comentarios privados, tanto de los clientes como de los trabajadores del casino, comentarios ajenos por completo al interés empresarial y por tanto irrelevantes desde la perspectiva de control de las obligaciones laborales, pudiendo, sin embargo, tener consecuencias negativas para los trabajadores que, en todo caso, se van a sentir constreñidos de realizar cualquier tipo de comentario personal ante el convencimiento de que van a ser escuchados y grabados por la empresa. Se trata, en suma, de una intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad consagrado en el art. 18.1 CE, pues no existe argumento definitivo que autorice a la empresa a escuchar y grabar las conversaciones privadas que los trabajadores del casino mantengan entre sí o con los clientes". Con esos argumentos fue concedido el amparo y se dispuso el restablecimiento al demandante de su derecho.

En otro interesante pronunciamiento, contenido en la Sentencia 196/04 de 15 de abril, el Tribunal Constitucional restó validez a los reconocimientos médicos a los que pueden someterse los trabajadores "...al haberse invadido la esfera privada del recurrente sin contar con habilitación legal para ello y sin consentimiento eficaz de la titular del derecho, actuando sin autorización sobre ámbitos que exigían una información expresa y previa al consentimiento, con vulneración por tanto del art. 18.1 CE, procedente será el otorgamiento del amparo". En el caso resuelto por la STC 196/04, la trabajadora demandante consintió la realización de un control médico consistente en un análisis de orina, pero no se le informó previamente de la concreta finalidad del análisis (en el caso se trataba de detección de consumo de drogas), por lo que el control y las decisiones

empresariales posteriores que se basaron en la información obtenida constituyeron una lesión del derecho de intimidad.

Dentro de la Sentencia 159/09 de 29 de junio, el Tribunal Constitucional ha reiterado que el derecho a la intimidad personal, en cuanto derivación de la dignidad de la persona (art. 10.1 CE), implica *"la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, necesario, según las pautas de nuestra cultura, para mantener una calidad mínima de vida humana"*. Con la finalidad de preservar ese espacio reservado, este derecho *"confiere a la persona el poder jurídico de imponer a terceros el deber de abstenerse de toda intromisión en la esfera íntima y la prohibición de hacer uso de lo así conocido"*. En cuanto a su aplicación a la vida social sostuvo que *"la intimidad protegida por el art. 18.1 CE no se reduce a la que se desarrolla en un ámbito doméstico o privado; existen también en otros ámbitos, en particular el relacionado con el trabajo o la profesión, en que se generan relaciones interpersonales, vínculos o actuaciones que pueden constituir manifestación de la vida privada"*. En concreto, dicho Tribunal pone de relieve que *"el uso del correo electrónico por los trabajadores en el ámbito laboral queda dentro del ámbito de protección del derecho a la intimidad; también que serán las circunstancias de cada caso las que finalmente determinen si su fiscalización por la empresa ha generado o no la vulneración de dicho derecho fundamental"*. Este pronunciamiento del TC pone al descubierto que el trabajador puede comunicarse por vía electrónica, pero el empleador puede ejercer facultades de dirección y control sin atentar contra el derecho fundamental de la intimidad.

De acuerdo con la doctrina española²⁰², cuando examina la jurisprudencia constitucional, se observa que han sido consideradas injerencias al derecho a la intimidad del trabajador también el exigirle a éstos que revelen sus convicciones o creencias religiosas o políticas a fin de ser contratados o mantenidos en el empleo; tomarles fotografías a los trabajadores sin su autorización; someterlos a ciertas pruebas psicotécnicas durante el proceso de selección y/o contratación; obligarles a la práctica secreta de análisis serológicos para detectar la infección por VIH; entre otras actuaciones abusivas.

En conclusión, el derecho a la intimidad personal tiene por objeto no sólo impedir la obtención ilegítima de datos de la esfera íntima del individuo por parte de terceros, sino que además evita la revelación, divulgación o publicidad no consentida de esos datos, y del uso o explotación de los mismos sin autorización de su titular, garantizando el secreto sobre la propia esfera de vida personal y vedando a terceros, particulares o autoridades, decidir sobre los contornos de la vida privada.

Es necesario puntualizar que el derecho a la intimidad como derecho fundamental no es absoluto, toda vez está sujeto a limitaciones y excepciones, según el sistema normativo que sea aplicado a esta garantía. Por tanto, el derecho a la intimidad puede limitarse en función de circunstancias concretas. En el sistema normativo laboral ese espacio reservado del trabajador queda cubierto, aunque limitado frente a los otros derechos fundamentales y ante los poderes empresariales que pierden eficacia debido a la

²⁰² Vid., Mieres Mieres, Luis Javier. *"La protección constitucional de los derechos a la intimidad y a la propia imagen en las relaciones laborales: visión desde la jurisprudencia constitucional"*, (2014); Lluch Corell, Francisco Javier. *"Derecho a la intimidad del trabajador versus control empresarial: una jurisprudencia inestable"*, (2014); López Ahumada, Eduardo. *"La tutela del derecho a la intimidad del trabajador y el control audio-visual de su actividad laboral"*, (2006); Barros García, Mario. *"Problemas derivados de la utilización del correo electrónico e internet en el ámbito laboral"*, (2004); Rodríguez Coarasa, Cristina. *"Algunas proyecciones del derecho constitucional a la intimidad en el ámbito laboral"*, (2001).

caracterización del contrato de trabajo, donde operan obligaciones recíprocas entre los sujetos de ese vínculo jurídico.

Dentro del ordenamiento peruano, según Carlos Blancas Bustamante, cuando "el artículo 27 de la Constitución dispone que toda persona tiene derecho al honor y a la buena reputación, a la intimidad personal y familiar así como a la voz y a la imagen propias, se reconoce el derecho a la intimidad personal " ²⁰³ El precepto copiado, además, consagra el derecho al honor y a la buena reputación, junto al derecho a la propia imagen, los cuales buscan proteger a los seres humanos de las injerencias e intromisiones indebidas que puedan afectar esos derechos fundamentales

De conformidad con la norma mencionada, la tutela de la vida privada del trabajador comprende los aspectos de índole personal como familiar, los cuales están estrechamente vinculados y no pueden ser vistos de forma aislada, y tampoco desligados de los otros reconocidos derechos fundamentales

El derecho al honor y a la buena reputación como el derecho a la propia imagen, claro está, tienen campos de acción diferentes dado que el primero se condiciona al juicio de valor que la sociedad tiene sobre las cualidades y capacidades de la persona, incluso se sopesa su comportamiento y conducta en el plano social, mientras que el segundo queda supeditado a la apariencia exterior o aspecto físico que se requiere del individuo. Un claro ejemplo, relacionado con la imagen, sería el caso de la exigencia a los trabajadores de ponerse o vestir uniformes o usar determinada indumentaria, al igual que prohibirles

²⁰³ (2007 p 191)

lucir barba o bigote o no permitirle determinados cortes de cabello. Esas medidas pudieran constituir vulneraciones a tales derechos fundamentales.

Concretamente, ese mandato fue aplicado cuando se ventilaba la constitucionalidad de una presunta vulneración de los derechos constitucionales a la intimidad y a la inviolabilidad de las comunicaciones privadas, reconocidas en los incisos 7 y 10 del artículo 2 de la Constitución, ocurrida en el marco disciplinario. Conforme la Sentencia de 18 de agosto de 2004, reseñada por Wilfredo Sanguinetti Raymond, el conflicto se deriva de la decisión del empleador de *"abrir y revisar desde uno de los terminales situados en la sede de la empresa los correos electrónicos recibidos por un trabajador, sin el consentimiento y en ausencia de éste, con el fin de comprobar cómo entre ellos se encontraban algunos de contenido pornográfico que le habían sido dirigidos por el demandante de amparo, que es despedido como consecuencia de ello"*²⁰⁴

El autor sigue destacando que conforme el Tribunal Constitucional, la solución de la controversia pasa aquí por determinar *"si los medios informáticos de los que vale un trabajador para realizar sus labores, pueden considerarse de dominio absoluto de la entidad"* o si, por el contrario *"existe un campo de protección respecto de determinados aspectos en torno a los cuales no les está permitido al empleador incidir de manera irrazonable"*. Por esta segunda opción se inclina la sentencia comentada.

Como quiera que tales derechos fundamentales tiene una conexión estrecha, se reconoce que *"la intimidad del trabajador en la empresa admite ejercer las facultades de control en dicho ámbito, siempre que esta actividad se lleve a cabo atendiendo a un criterio de*

²⁰⁴ (2006 p 32)

*indispensabilidad o estricta necesidad y también utilizando métodos de control respetuosos con los derechos fundamentales del trabajador*²⁰⁵.

Al defender el respeto a la dignidad y a la intimidad del trabajador frente a la facultad empresarial de organizar el trabajo y exigir el cumplimiento del servicio prestado, Luz Pacheco Zerga plantea que "el derecho a la intimidad del trabajador se extiende a los datos personales que el empresario conozca por los procesos de selección y contratación de personal o por otras circunstancias ajenas a la celebración o ejecución del contrato de trabajo, como pueden ser una solicitud de crédito, la afiliación a un determinado sindicato, una enfermedad, etc "²⁰⁶ El derecho a impedir la intromisión a la intimidad, no sólo tiene un aspecto pasivo, de repeler la injerencia, sino activo, de controlar los datos personales que se hayan tenido que comunicar por exigencias de la relación laboral

En cuanto a la delimitación de este derecho fundamental, sigue indicando el autor, que el Tribunal Constitucional peruano ha declarado que "*el derecho a la intimidad no importa, per se, un derecho a mantener en el fuero íntimo toda información que atañe a la vida privada, pues sabido es que existen determinados aspectos referidos a la intimidad personal que pueden mantenerse en archivos de datos, razones de orden público (vgr, historias clínicas) De allí la necesidad de que la propia Carta Fundamental establezca que el acceso a dichas bases de datos constituyan una excepción al derecho fundamental a la información, previsto en el primer párrafo del inciso 5 del artículo 2 de la Constitución*"²⁰⁷, según se observa en el Exp 011-2004-AI/TC, 21 de septiembre 2004.

²⁰⁵ (Ibid p 34)

²⁰⁶ (2009 p 14)

²⁰⁷ (Ibid p 14)

El Tribunal Constitucional peruano, al asumir la función esencial de tutela de los derechos fundamentales del trabajador, viene sosteniendo con relación a la privacidad y reserva de las comunicaciones que *"si bien se ha acreditado la vulneración del derecho de defensa y con ello se restituye el derecho al trabajo de la actora, en tanto los correos electrónicos fueron usados como sustenta para despedirla, es de suma importancia conocer si los medios informáticos empleados por el trabajador para cumplir sus funciones son considerados de dominio absoluto del empleador, más aún si fueron usados para remitir correos electrónicos, es decir como instrumentos de comunicación personal. Al respecto, la Constitución en el artículo 2 10 establece que toda persona tiene el derecho al secreto y a la inviolabilidad de las comunicaciones y documentos privados, y precisa que las comunicaciones, telecomunicaciones o sus instrumentos solo pueden ser abiertos, incautados, interpretados o intervenido por mandato motivado del Juez con las garantías previstas en la ley. Se guarda secreto de los asuntos ajenos al hecho que motiva su examen. Los documentos privados objetivos con violación de este precepto no tienen efecto legal*

Asimismo, en el artículo 2 7 de la Constitución establece que toda persona tiene derecho a la intimidad personal y familiar

Este Colegiado estima que es necesario recordar que si bien la fuente o el soporte de determinadas comunicaciones y documentos le pertenecen a la empresa o entidad en la que un trabajador labora, ello no significa que esta pueda arrogarse en forma exclusiva y excluyente la titularidad de tales comunicaciones y documentos, pues con ello evidentemente se estaría distorsionando el esquema de los atributos de la persona, como

si estos pudiesen de alguna forma verse enervados por mantenerse una relación de trabajo. En tal sentido, si bien el empleador goza de las facultades para organizar, fiscalizar y sancionar, de ser el caso, si el trabajador incumple sus obligaciones, esto no quiere decir que se vean limitados los derechos constitucionales de los trabajadores, como lo establece el artículo 23, tercer párrafo, de la Constitución, y tampoco significa que tales atributos puedan anteponerse a las obligaciones de trabajo, de manera tal que estas últimas terminen por desvirtuarse (STC 1058-2004-PA/TC). En tal sentido, en el presente caso, si se trataba de determinar que el trabajador utilizó el correo electrónico en forma desproporcionada en horas de trabajo para fines distintos a los que le imponían sus obligaciones laborales, la única forma de acreditarlo era iniciar una investigación de tipo judicial, habida cuenta de que tal configuración procedimental la imponía, para estos casos, la propia Constitución, otorgándole las garantías del caso²⁰⁸, según la Sentencia de 19 de julio de 2011, dictada en el expediente 04224-2009-PA/TC.

En el ordenamiento chileno si bien está reconocido el derecho a la vida privada en el numeral 4 del artículo 19 de la Constitución, no se dispone de una regulación legal, según José Luis Ugarte Cataldo, quien advierte que "el caso específico del panorama de la legislación laboral de Chile, es bastante simple, no existen disposiciones jurídicas expresas dirigidas a regular el derecho a la intimidad de los trabajadores"²⁰⁹. No resulta extraña esa omisión dado que la mayoría de las legislaciones laborales comparadas han

²⁰⁸ (2014 pp 119-120)

²⁰⁹ (2000 p7)

dejado por fuera la regulación de los derechos fundamentales inespecíficos, teniendo la jurisprudencia que ocuparse de su inserción y reconocimiento en los sistemas jurídicos.

Así, reseña algunos pronunciamientos de la Dirección del Trabajo, identificando entre ellos el Dictamen No 3965/69 de 5 de junio que rechazaba *"la legalidad de consignar en el reglamento interno un sistema de revisión y control a la salida de los operarios, que consiste en accionar una palanca sorteadora, la cual indicara a qué obrero el portero debía registrar, lo cual atenta contra la dignidad del trabajador sometido a este tipo de controles sobre su persona"*, igualmente, el Dictamen 2449/82 donde se aplicaba la *"revisión de los efectos personales y la inspección corporal de los trabajadores, lo cual no se ajustaba a derecho, toda vez con ello se estaría infringiendo el artículo 19 número 4 de la Constitución Política de la República, el cual en su inciso 1o asegura a todas las personas el respeto y protección a la vida privada y pública y a la honra de las persona y su familia"*, y, no menos importante, el Dictamen 3347/132 de 13 de junio de 1996, dictado frente a la exigencia de una empresa de alimentos que pretendía controlar y registrar el peso de sus trabajadores a la entrada y salida, junto con la firma del registro de asistencia, como medio de revisión para evitar posibles hurtos de producción, determinándose que *"no se ajusta a derecho por cuanto queda claramente de manifiesto que el registro de control de asistencia no constituye el medio idóneo de revisión y control del personal, toda vez que el objeto de registro se encuentra taxativamente señalado en la ley y consiste en controlar la asistencia y determinar las horas de trabajo,*

*no siendo procedente, por tanto, que el empleador altere su naturaleza y lo emplee para fines diversos a los señalados en la ley*²¹⁰.

En consecuencia, se advierte que con la jurisprudencia administrativa de la Dirección del Trabajo, en Chile, se inicia el reconocimiento del derecho a la intimidad en el marco de la relación de laboral. Y, concretamente, se invade la intimidad del trabajador al someterlo a revisión corporal o ejercer control sobre su persona física, al imponerle un sistema de registro de asistencia que fije el tiempo de ida y regreso a los servicios higiénicos o medir el tiempo de permanencia de los trabajadores en los servicios higiénicos, al requerirle información sobre su nivel de endeudamiento personal u orientación sexual, hábitos personales, aspectos familiares, y, finalmente, al aplicarle sanciones ante hechos que se dieron fuera del lugar y hora de trabajo como el haber incurrido en una conducta indecorosa en el entorno de sus relaciones sociales, ser indiscreto en su comportamiento, incumplir un crédito comercial, etc

Después de establecer que el ámbito de protección del derecho de intimidad abarca no sólo las zonas espaciales de la vida (el hogar o las comunicaciones) o afectivas (relaciones familiares o sexuales) del trabajador, sino que también espacios vitales de autonomía, como la apariencia externa del mismo, incluyendo el aspecto físico en sentido estricto, la indumentaria, los adornos y artefactos estéticos, dicho autor en otro interesante trabajo entiende "la intimidad y privacidad de modo complejo y compuesto - tanto como derecho a la reserva y secreto como derecho a la autonomía-, que no sólo opera como límite al poder empresarial, sino que, además, puede proveer de un potente

²¹⁰ (Ibid pp 16-17)

resguardo al pluralismo social, en el sentido del respeto a los modos de vida que cada uno desee sostener, particularmente los trabajadores²¹¹. No es solo un derecho al secreto sino a su autodeterminación donde el trabajador fija su espacio de individualidad, el cual no puede ser penetrado por el empleador, debido a que es protegido por el ordenamiento jurídico positivo

En Panamá, la intimidad o la vida privada no están reconocida en el texto constitucional vigente, pero se entiende incluida implícitamente cuando se consagra la inviolabilidad de domicilio o de las comunicaciones como una protección contra el registro o interceptación o grabación de cualquier particular. Este tácito reconocimiento deriva de la lectura del artículo 29 constitucional que prohíbe la intervención o grabación de las comunicaciones privadas, pudiendo sólo la autoridad judicial ordenar su penetración y el registro de las cartas cuando se cumplan todas las exigencias legales

El Código de Trabajo no contiene disposición que regule la intimidad como derecho del trabajador, sin embargo, ello no ha sido obstáculo para que sea considerado un derecho susceptible de protección por los tribunales laborales

De manera especial se plasma este derecho en la Ley 3/2000 del 5 de enero que contempla beneficios laborales para las personas afectadas con el virus de inmunodeficiencia adquirida, que padezcan de SIDA o que tengan infecciones de transmisión sexual. Específicamente, el artículo 34 protege la intimidad o privacidad y confidencialidad del trabajador que se encuentre en cualesquiera de las situaciones o condiciones mencionadas, quedando prohibido que sea divulgada esa información

²¹¹ (2011 pp 19-20)

excepto a los cónyuges o compañero de actividad sexual. En tales circunstancias el trabajador tiene establecido una serie de obligaciones y derechos, según dicha legislación especial

En efecto, uno de los escasos pronunciamientos sobre este tema dentro de la justicia laboral, sino el primero, es el contenido en la sentencia del 6 de enero de 2003²¹², dictado por el Tribunal Superior de Trabajo del Segundo Distrito Judicial de Panamá, TSTSDJ, donde acertadamente sostuvo que "*lo que tutela la norma constitucional (art 29 CN) es el derecho a la intimidad*", y bajo ese fundamento se produjo la revocatoria de la decisión que avalaba el despido de una trabajadora, cuya conversación había sido grabada sin su autorización, al momento que informaba y prevenía a otro trabajador de la medida administrativa que estaba en curso, buscando detectar actividades irregulares en la empresa

Consciente de la necesidad de regular de forma adecuada el derecho a la intimidad, Plinio Vásquez, considera que este derecho se establece en nuestro medio debido a la protección de "la inviolabilidad del domicilio, la correspondencia y las comunicaciones telefónicas privadas, contenidas en los artículos 26 y 29, y que también en el ámbito internacional, son reconocidos por la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que paso a formar parte de nuestro derecho positivo"²¹³ También agrega que no existen dudas en cuanto a que, por mandato constitucional, se encuentre protegido el derecho a la intimidad que admite excepciones específicas, permitiendo que autoridades competentes

²¹² Vid , el proceso entablado por *Lourdes Jesenia Avila Concepción* contra *Inversiones e Imprenta Del Cid, S A* , el cual fue ventilado en la Junta de Conciliación y Decisión No 10, donde fue absuelta la empresa de los cargos formulados y se estimó justificado el despido de la trabajadora

²¹³ (2014 pp 262-263)

y previas el cumplimiento de ciertas formalidades legales, el domicilio y la correspondencia de una persona, puedan ser ocupadas o examinadas

Aunque existen ciertas normas en el Código de Familia que aluden al derecho a la imagen, uno de los componentes de la intimidad, según el autor citado se hace necesaria su inclusión explícita en el ordenamiento constitucional como bien lo propuso la Comisión de Notables en el proyecto de reforma constitucional²¹⁴ También el Código Penal tiene prevista una serie de protecciones a la intimidad de las personas, incluyendo al trabajador, y a la confidencialidad de las comunicaciones de las personas, según lo dispuesto en los artículos 166, 167 y 168 que sanciona con días multa y pena de prisión las conductas donde se divulgue el contenido de la comunicación privada, intercepte las telecomunicaciones o que sean escuchadas mediante artificios técnico, y se vigile o persiga sin su autorización a una persona²¹⁵

Tales garantías jurídicas están dirigidas a proteger la intimidad de las personas, incluyendo al trabajador, habida cuenta que no se hace distinción respecto de su aplicación Por tanto, cualquier trabajador que reciba un menoscabado en esos derechos fundamentales podrá activar además la tutela de la justicia penal

²¹⁴ Vid , el anteproyecto de reformas constitucionales que pretende incorporar el derecho a la intimidad, según el artículo 47, bajo la fórmula que dice "se garantiza el derecho al honor a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen" El derecho a la propia imagen vendría a ser incorporado expresamente al derecho panameño con este instrumento

²¹⁵ Vid , el Código Penal, específicamente el artículo 166 "Quien posea legítimamente una correspondencia, grabación o documentos privados y de carácter personal, no destinados a la publicidad, aunque le hubieran sido dirigidos, y los haga públicos sin la debida autorización y de ello resultara un perjuicio será sancionado con doscientos a quinientos días-multa o de arresto los fines de semana No se considerará delito la divulgación de documentos indispensables para la comprensión de la historia, las ciencias y las artes Si media el perdón de la víctima se ordenará el archivo de la causa"

Artículo 167 "Quien sin contar con la autorización de la autoridad judicial, intercepte telecomunicaciones o utilice artificios técnicos de escucha transmisión, grabación o reproducción de conversaciones no dirigidas al público será sancionado con pena de dos a cuatro años de prisión"

Artículo 168 "Quien, sin contar con la autorización correspondiente, practique seguimiento, persecución o vigilancia contra alguna persona con fines ilícitos, será sancionado con dos a cuatro años de prisión Igual sanción se impondrá a quien patrocine o promueva estos hechos"

1.5 *Inviolabilidad de la correspondencia y toda forma de comunicación privada del trabajador.*

El secreto e inviolabilidad de la correspondencia y toda forma de comunicación privada, al igual que la intimidad o privacidad, se coloca dentro de la constelación de derechos de las personas relacionados con la dignidad. No están incluidas en este derecho las comunicaciones que tengan la condición de ser públicas o de conocimiento público, es decir, aquellas comunicaciones que fueron efectuadas en presencia de otras personas o frente a otras personas.

Se observa, entonces, que existe una diferenciación entre secreto e inviolabilidad de las comunicaciones y documentos privados, aunque tales conceptos buscan resguardar los aspectos íntimos o privados de la persona que intercambia sus ideas a través de documentos privados. Uno tiene que ver con el fondo y el otro con la forma. Así, el secreto entraña que nadie fuera de las personas que se comunican conozca el contenido de ese intercambio, en tanto que la inviolabilidad se refiere al procedimiento empleado para que sea conocido el mismo, el cual puede darse con la autorización de la persona o mediante la intervención judicial previa al cumplimiento de las formalidades legales.

La violación frecuente de este derecho fundamental se produce con la incautación, sustracción, interceptación o interferencia de la comunicación establecida en cartas, correos electrónicos o cualquier otro documento privado.

En España, el artículo 18.3 de la Constitución garantiza "*el secreto de las comunicaciones, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial*". La fórmula establecida no excluye otras comunicaciones como las que podrían

hacerse por vía de fax, ordenador o por cualquier medio técnico que sea inventado en el futuro. Por tanto, no es una lista cerrada de medios de comunicación la garantizada en el copiado precepto constitucional. Es obvio, que este derecho fundamental es reconocido a todas las personas, incluyendo a los trabajadores, dado que no se distingue donde se realiza la comunicación privada.

Entonces, este derecho constitucional es trasladable al ámbito de las relaciones laborales y quedan protegidas tanto las comunicaciones telefónicas en la empresa como aquellas logradas por correo electrónico de la empresa con fines personales, entendiéndose Cristina Rodríguez Coarasa, que "habrán de reputarse ilícitas todas las escuchas clandestinas realizadas por el empresario sobre conversaciones del trabajador, tengan éstas un contenido privado o no, lo propio ocurre si se revela el contenido del correo electrónico"²¹⁶. En ningún caso, el empleador podrá vulnerar las comunicaciones del trabajador dentro del seno de la empresa.

Cuando el empleador pone en ejercicio su poder de dirección y mando, imponiendo controles dentro de la empresa, normalmente, se suelen vulnerar ciertos derechos fundamentales como el secreto e inviolabilidad de las comunicaciones del trabajador. Por tanto, la implicación que tienen estos derechos en la relación de trabajo es innegable y, por ello, el ordenamiento debe tener garantizada la protección de los mismos frente a cualquier conducta del empleador que traiga aparejada su vulneración. En esa dirección se potencia el establecimiento de los cánones de proporcionalidad o de ponderación a fin

²¹⁶ (2001 pp 214-216)

de equilibrar los derechos fundamentales en conflicto dentro del ámbito de las relaciones laborales y la jurisprudencia constitucional da cuenta de ello como se comenta abajo.

El Tribunal Constitucional Español, cuya autoridad es indiscutible en Europa²¹⁷, con sus sobrios criterios sobre el reconocimiento y límites de los derechos fundamentales en el marco de las relaciones de trabajo ha provocado importantes transformaciones en el sistema normativo de muchos países de Latinoamérica como se verá en otro momento

Sobre el derecho al secreto de las comunicaciones privadas, en términos generales, el Tribunal Constitucional en la Sentencia 114/84, de 29 de noviembre ha dicho que *"Rectamente entendido el derecho fundamental consagra la libertad de las comunicaciones implícitamente y, de modo expreso, su secreto, estableciendo en este último sentido la interdicción de la interceptación o del conocimiento antijurídicos de las comunicaciones ajenas. El bien constitucionalmente protegido es así -a través de la imposición de todos del secreto- la libertad de las comunicaciones, siendo cierto que el derecho puede conculcarse, tanto por la interceptación en sentido escrito (que suponga aprehensión física del soporte del mensaje -con conocimiento o no del mismo- o con captación, de otra forma, del proceso de comunicación) como por el simple conocimiento antijurídico de lo comunicado (apertura de la correspondencia ajena guardada por su destinatario, por ejemplo). Por ello, no resulta aceptable lo sostenido por el Abogado del*

²¹⁷ En Francia, el Tribunal Supremo ha sostenido que *"un empresario no puede tener conocimiento de los mensajes personales enviados por el empleado y recibidos por éste a través de una herramienta informática puesta a su disposición para su trabajo"* sin violar el secreto de correspondencia. Ni siquiera en los casos en que el empleador *"haya prohibido su utilización no profesional de la computadora"*. El trabajador tiene derecho, incluso en su tiempo y lugar de trabajo, al respeto de su intimidad y su vida privada. Según la jurisprudencia francesa las cuentas de correo electrónico están amparadas por el secreto de correspondencia, por lo que no se le equipara a su taquilla, como se expuso en el caso S.A. Nikon France/Frederic O. En Portugal, luego de aprobado el nuevo Código de Trabajo con la Ley 99/2003, de 27 de agosto se consagra expresamente en el contexto laboral el derecho a la confidencialidad del trabajador en el contenido de los mensajes electrónicos de naturaleza personal. El acceso indebido a las comunicaciones y a los mensajes de correos electrónicos, comprendidos dentro de las comunicaciones privadas, es una conducta criminalizada en la ley portuguesa que data de 1991.

Estado en sus alegaciones en el sentido de que el artículo 18 3 de la Constitución protege sólo el proceso de comunicación y no el mensaje, en el caso de que éste se materialice en algún objeto físico Y puede también decirse que el concepto de secreto, que aparece en el artículo 18 3, no cubre sólo el contenido de la comunicación, sino también, en su caso, otros aspectos de la misma, como, por ejemplo, la identidad subjetiva de los interlocutores o de los corresponsales"

Mucho tiempo después el Tribunal Constitucional vino a excluir del ámbito de protección de este derecho fundamental aquellas efectuadas por un canal que no puede predicarse su confidencialidad, denominadas como comunicaciones abiertas ubicando entre ellas los *e mails* o correos electrónicos, enviados o recibidos por medio de ordenadores que invadieron el ámbito de las relaciones laborales En Sentencia 241/2012, de 17 de diciembre se recuerda que "*en relación con la utilización de ordenadores u otros medios informáticos de titularidad empresarial por parte de los trabajadores, puede afirmarse que la utilización de estas herramientas está generalizada en el mundo laboral, correspondiendo a cada empresario, en el ejercicio de sus facultades de autoorganización, dirección y control fijar las condiciones de uso de los medios informáticos asignados a cada trabajador Es necesario dotar de una regulación al uso de las herramientas informáticas en la empresa y, en particular, al uso profesional de las mismas, por medio de diferentes instrumentos como órdenes, instrucciones, protocolos o códigos de buenas prácticas, de manera que la empresa no quede privada de sus poderes directivos ni condenada a permitir cualesquiera usos de los instrumentos informáticos sin capacidad alguna de control sobre la utilización efectiva realizada por el trabajador*

Así, quedan fuera de la protección constitucional por tratarse de formas de envío que se configuran legalmente como comunicación abierta, esto es, no secreta. La intervención empresarial a las comunicaciones entre trabajadores que se produjeron en ordenadores sin ningún tipo de cautela no comporta una expectativa razonable de confidencialidad". No pudo calificarse como vulneradora del derecho al secreto predicho y, por tanto, no fue concedido el amparo presentado.

En cuanto al uso de las tecnologías de la información y comunicación (TIC's), lo que supone una delimitación del ámbito de cobertura de predicho derecho de secreto de las comunicaciones, mediante Sentencia 170/2013 del 7 de octubre el Tribunal Constitucional viene sosteniendo que " *el art 18.3 CE protege únicamente ciertas comunicaciones las que se realizan a través de determinados medios o canales cerrados. En consecuencia no gozan de la protección constitucional del art 18.3 CE aquellos objetos que pudiendo contener correspondencia, sin embargo la regulación legal prohíbe su inclusión en ellos, pues la utilización del servicio comporta la aceptación de las condiciones del mismo. Así pues quedan fuera de la protección constitucional aquellas formas de envío de la correspondencia que se configuran legalmente como comunicación abierta, esto es, no cerrada. Así ocurre cuando es legalmente obligatoria una declaración externa de contenido, o cuando bien su franqueo o cualquier otro signo o etiquetado externo evidencia que, como acabamos de señalar, no pueden contener correspondencia. En tales casos pueden ser abiertos de oficio o sometidos a cualquier otro tipo de control para determinar su contenido"* Queda fijado el ámbito de cobertura del derecho de secreto de las comunicaciones, deduciéndose que

no habrá interceptación o conocimiento antijurídico de las comunicaciones ajenas, cuando éstas son realizadas en canal abierto.

Estos dos últimos pronunciamientos son cuestionados por cuanto no mantienen intangible el contenido del derecho al secreto de las comunicaciones y constituyen un verdadero retroceso en esta materia, con lo cual conculca, puesto que tiende a desconocer los cánones de proporcionalidad que establecen la prioridad de los derechos fundamentales que se encuentran en choque o en situación de colisión dentro de esa relación de trabajo

Como bien ilustra María Sepúlveda Gómez "el punto de partida de la sentencia es erróneo, pues supone el retorno a una concepción restrictiva del ejercicio de los derechos fundamentales en la relación laboral, que priva directamente a uno de los sujetos de la relación laboral del ejercicio de tales derechos constitucionales, por anteponerse *ab initio* de los derechos del otro sujeto de la relación, en virtud de una política empresarial de control unilateralmente decidida o del pacto en convenio colectivo sobre la prohibición del uso extralaboral del correo electrónico de la empresa. Se enerva así ya toda posibilidad de ejercicio legítimo del derecho a la intimidad y al secreto de las comunicaciones en el trabajo cuando se pretende el ejercicio mediante la cuenta de correo propiedad de la empresa, quedando expedita la vía de control empresarial en uso de la cual puede acceder la empresa a la cuenta de correo electrónico del trabajo y a su contenido, con fines disciplinarios"²¹⁸

Por su parte, la confidencialidad y secreto de las comunicaciones está consagrada en el artículo 2 10 de la Constitución de Perú, cuando se establece que toda persona tiene

²¹⁸ (2013 pp 206-207)

derecho "al secreto y a la inviolabilidad de sus comunicaciones y documentos privados Las comunicaciones, telecomunicaciones o sus instrumentos sólo pueden ser abiertos, incautados, interceptados o intervenidos por mandamiento motivado del juez, con las garantías previstas en la ley Se guarda secreto de los asuntos ajenos al hecho que motiva su examen Los documentos privados obtenidos con violación de este precepto no tienen efecto legal Los libros, comprobantes y documentos contables y administrativos están sujetos a inspección o fiscalización de la autoridad competente, de conformidad con la ley Las acciones que al respecto se tomen no pueden incluir su sustracción o incautación, salvo por orden judicial" Este precepto reconoce la libertad de las comunicaciones y dispone que el secreto sólo puede ser levantado por mandamiento motivado por el juez, estableciendo el monopolio judicial de las intervenciones

Este derecho fundamental ha sido aplicado a las relaciones laborales, existentes en el Perú, bajo las premisas que la jurisprudencia constitucional tiene determinada fijar su alcance.

En efecto, la Sentencia del Tribunal Constitucional 1058-2004-AA/TC, del 18 de agosto, declaró fundada la demanda de amparo y dispuso la reposición del trabajador despedido, cuando consideró que "la demandada, por otra parte, tampoco ha tenido en cuenta que en la forma como ha obtenido los elementos presuntamente incriminatorios, no solo ha vulnerado la reserva de las comunicaciones y la garantía de judicialidad, sino que ha convertido en inválidos dichos elementos En efecto, conforme lo establece la última parte del artículo 2, inciso 10), de la Constitución, los documentos privados obtenidos con violación de los preceptos anteriormente señalados, no tienen efecto legal. Ello, de

momento, supone que por la forma como se han recabado los mensajes que han sido utilizados en el cuestionado proceso administrativo, su valor probatorio carece de todo efecto jurídico, siendo, por tanto, nulo el acto de despido en el que dicho proceso ha culminado" Este caso se presentó con motivo de un despido de un trabajador a quien se le había descubierto que enviaba correos electrónicos con contenido pornográfico, siendo la manera como se obtuvo la prueba de los correos lo que vino a originar el pronunciamiento del Tribunal Constitucional, declarándose nulo el acto de despido efectuado sobre la base de una prueba ilícita (tomando en cuenta su obtención)

Se presentó una situación parecida, en la citada STC 04224-2009-PA/TC, del 19 de julio de 2011, precisando el Tribunal Constitucional que *"de la carta de despido se desprende que la emplazada usó los correos electrónicos de cuentas privadas para imputar falta grave, los mismos que, según la Constitución, carecerían de validez si se obtuvieron vulnerando el procedimiento respectivo, por ser medios de prueba que habrían sido obtenidos ilícitamente"* También en este caso la prueba habría sido obtenida ilícitamente y, por ende, fue vulnerado el procedimiento respectivo y se puso en vigencia el derecho a la comunicación del trabajador en el ámbito laboral

También el Tribunal Constitucional peruano, en la STC 00114-PA/TC del 10 de enero de 2012, expuso el siguiente razonamiento *"En cuanto al derecho al secreto y a la inviolabilidad de las comunicaciones, el Tribunal Constitucional en la STC 01058-2004-AA/TC ha precisado que toda persona tiene derecho a que sus comunicaciones y documentos sean adecuadamente protegidos, así como a que las mismas y los instrumentos que las contienen, no pueden ser abiertas, incautadas, interceptadas o*

intervenidas sino mediante mandamiento motivado del juez y con las garantías previstas en la ley. En buena cuenta, este derecho prohíbe que las comunicaciones y documentos privados, sean incautados, interceptados o intervenidos, salvo que exista una resolución judicial debidamente motivada que lo autorice. Asimismo, garantiza que el contenido de las comunicaciones y documentos no sea difundido o revelado, así como la identidad de los participantes en el proceso de comunicación. Lo que se prohíbe es toda injerencia arbitraria o abusiva en la vida privada de las personas, específicamente, en sus comunicaciones, independientemente de su contenido. Ahora bien, para determinar si el derecho al secreto y a la inviolabilidad de las comunicaciones también protege el correo electrónico y el comando o programa de mensajería instantánea que es proporcionado por el empleador a sus trabajadores, resulta pertinente destacar que en la dogmática existen dos posiciones sobre la naturaleza jurídica de estos medios técnicos de comunicación. La primera postura considera que el correo electrónico y el comando o programa de mensajería instantánea proporcionados por el empleador, son herramientas de trabajo que pueden ser supervisadas, intervenidas, interceptadas y registradas por el empleador, sin la existencia de una resolución judicial debidamente motivada que lo autorice. En cambio, la segunda postura considera que el correo electrónico el comando de programa de mensajería instantánea proporcionados por el empleador son medios de comunicación que al igual que la correspondencia, se encuentran protegidas por el derecho al secreto y a la inviolabilidad de las comunicaciones"

A la luz de lo expuesto arriba, se advierte que al empleador le está vedado o prohibido conocer el contenido de los mensajes del correo electrónico o de las conversaciones del comando o programa de mensajería instantánea que haya proporcionado al trabajador, así como interceptarlos, intervenirlos o registrarlos, pues ello vulnera el derecho al secreto y a la inviolabilidad de las comunicaciones protegidos constitucionalmente

En Chile, la Corte Suprema de Justicia²¹⁹ viene proveyendo la paradigmática doctrina sentada por la Dirección del Trabajo²²⁰ sobre el reconocimiento y disfrute de los derechos fundamentales en la empresa, elaborada antes de la expedición de la Ley No 20.087 (3012006), relativa al procedimiento de tutela laboral. Por tanto, la fuente emblemática se halla en los dictámenes²²¹ de la Dirección del Trabajo, que representan la jurisprudencia administrativa de sólido prestigio en el ordenamiento chileno

A propósito de la inviolabilidad de toda forma de comunicación privada, dilucidando la licitud del acceso a la correspondencia electrónica de los trabajadores que use bienes de propiedad del empleador, dentro del dictamen No 260 de 24/01/02 se expuso que “ se

²¹⁹ Vid., la sentencia inaugural, denominada por la doctrina chilena, la cual hizo propio un dictamen de la Dirección del Trabajo sobre el sistema de cámara de televisión utilizado para efectuar seguimientos a los trabajadores, al señalar que “ dentro del recinto laboral, constituido por el ámbito de actividad propio de los empleados los trabajadores tienen derecho a la privacidad o intimidad manifestándose ello en el deseo de como en el caso de autos se mantenga en la esfera laboral y sindical las actividades realizadas por ellos, sin que en el se permita la intrusión de terceros. Lo anterior puede ser compatibilizado con la existencia de un sistema de vigilancia y protección en el recinto laboral, pero este no debe estar desviado de los fines que justificaron su instalación que son solo protección y seguridad empresarial”, según la resolución de la Corte Suprema, 05 01 2006

²²⁰ Es una autoridad administrativa cuya misión fundamental consiste en fiscalizar el cumplimiento de la legislación laboral y previsional, debido a las facultades de interpretar el sentido y alcance de la legislación laboral, siendo vinculante su interpretación para los fiscalizadores e indirectamente para los particulares que podrán ser multados en caso de incumplimiento sin perjuicio de la revisión judicial de las sanciones impuestas por esa Dirección

²²¹ Vid., los dictámenes Ord. No 1147/34, 21 03 05, cuya parte que interesa dice lo siguiente: “La razón de lo anterior corresponde a la naturaleza de comunicación privada protegida constitucionalmente que este Servicio le reconoce al correo electrónico de los trabajadores, según se expone en el cuerpo del dictamen recurrido

Ahora, del análisis de su solicitud no se aprecia ningún elemento de juicio que haga precisamente, apartar a este Servicio de la consideración de que los mensajes electrónicos enviados o recibidos corresponden a correspondencia privada, y por lo tanto, protegidos por la inviolabilidad constitucional de la correspondencia (artículo 19 número 5 de la Constitución Política del Estado), con limitaciones arriba señaladas

En consecuencia, de la inviolabilidad citada se seguira la imposibilidad de que la empresa revise el contenido de los correos electrónicos de sus trabajadores, tanto los enviados como los recibidos, sin perjuicio de la facultad empresarial de regular el acceso y el envío de dichos correos electrónicos, como establecer restricciones sobre el uso de los sistemas de soporte de dichos correos en la empresa

De este modo, se niega la solicitud de reconsideración de la doctrina contenida en el Dictamen No.260/019, de fecha 24 01 2002”

encuentran en conflicto dos valores amparados por el ordenamiento jurídico por medio de dos garantías constitucionales distintas, debiendo resolverse cómo deben compatibilizarse ambas y en qué condiciones prima una sobre la otra. Se trata de la garantía constitucional de inviolabilidad de toda forma de comunicación privada y, por la otra, la facultad del empleador de organizar, dirigir y administrar su empresa, que emana de la garantía constitucional del derecho de propiedad, contempladas en la Constitución Política. La experiencia práctica que emana de los hechos y la costumbre, indican que en el ámbito de las relaciones de trabajo, lo habitual y frecuente es que el empleador no pretenda enterarse del contenido de las llamadas telefónicas de sus dependientes, aún cuando la línea y el aparato pertenezcan al empleador. Igual cosa sucede con cierto mobiliario y lugares de la empresa que usa el dependiente, tales como casilleros, escritorios y cajones, entre otros, en que lo corriente será que estos reductos sean una proyección natural de la persona y actividad del dependiente, y por tanto, habitualmente tampoco serán controlados ni invalidados por el empleador, aún cuando – se reitera – en estricto rigor sean de propiedad de éste. Con similar predicamento deben abordarse las situaciones a que dé lugar el uso del correo electrónico.” A este respecto se agrega que “el uso del correo electrónico podrá ser regulado en el reglamento interno de la empresa, o por contrato individual o colectivo en aquellas empresas con menos de 10 trabajadores, ya que estas no tienen obligación legal de dictar reglamento. Podrá regularse radicalmente el uso del correo electrónico por alguna de las formas descritas precedentemente, en términos tales que todo envío del personal se efectúe con copia a alguna Gerencia o Unidad de la empresa, enviándose que de esta forma perderá –en el instante– su condición de comunicación privada, regulación que sin embargo no es

practicable en el caso de la recepción de correspondencia electrónica, y por tanto, en este aspecto, esta modalidad de comunicación conserva siempre su carácter privada, como asimismo, permanecerá plenamente amparada por la referida y correspondiente garantía constitucional” Finalmente, el dictamen concluye que “de acuerdo a las facultades con que cuenta el empleador para administrar su empresa, puede regular las condiciones, frecuencia y oportunidad de uso de los correos electrónicos de la empresa, pero en ningún caso podrá tener acceso a la correspondencia electrónica privada enviada y recibida para los trabajadores”

Conforme ese pronunciamiento, pueden extraerse importantes elementos relacionados con el derecho fundamental comentado, según Sergio Gamonal Contreras, al señalar que "el empleador puede regular las condiciones, frecuencia y oportunidad de uso del correo electrónico, el empleador incluso puede disponer que todos los correos electrónicos que se remitan desde el servidor de la empresa vaya con copia a gerencia, el empleador puede regular el uso extra-productivo del correo electrónico, y que en ningún caso podrá conocer el contenido de los correos enviados y recibidos por los trabajadores, por encontrarse amparados por la garantía constitucional de la inviolabilidad de toda forma de comunicación privada"²²²

En Panamá, el artículo 29 de la Constitución Política consagra el secreto de la correspondencia y demás documentos privados como la inviolabilidad de las comunicaciones. El primero está referido al contenido de la correspondencia o comunicación, establecida en cualquier documento privado, y que sólo puede ser

²²¹ (2008 pp 58 y 59)

conocido por las personas que se comunican y las otras que ellas decidan compartir dicho contenido; mientras que el segundo alude a la imposibilidad que sean intervenidas o interceptadas esas comunicaciones o que se haga la interceptación, sin cumplir con el procedimiento establecido para la interferencia o interceptación de la correspondencia. El último derecho no se refiere al contenido de la comunicación sino al método o proceso de penetración de la misma, cuyo resultado puede darse por distintas formas, a saber: intervención o incautación de la correspondencia y demás documentos privados. La garantía constitucional del secreto a las comunicaciones se refiere a las comunicaciones privadas, quedando excluidas -de la protección constitucional- aquellas que tengan una condición de ser públicas o de conocimiento público.

Esos derechos fundamentales podrían ser vulnerados cuando los procedimientos de control no se cumplen o, en algún modo, después de cumplidos permitan que se conozca a la postre el contenido de la correspondencia o comunicación que se dio entre dos o más personas. En palabras, Mario Madrid-Malo Garizábal, este derecho fundamental "... resguarda dos bienes jurídicos: 1. La libertad de toda persona a comunicarse con otras sin que se produzcan interrupciones ilegales o arbitrarias. 2. La reserva de aquello que se escribe o habla entre quienes se hayan comunicado. Aunque no siempre el contenido de las comunicaciones tiene carácter de secreto, en todo caso está cubierto por la reserva que se protege la esfera de la intimidad"²²³. De acuerdo con este planteo los bienes jurídicos tutelados están imbricados y son propios de todo ser humano, incluyendo al trabajador sujeto a una relación de subordinación y mando por el poderío del empleador.

²²³ (2004 p.369)

Ese precepto constitucional obliga a guardar secreto o reserva del contenido de la carta y demás documentos, cuando se produzca el registro de los mismos, lo que implica que no podrán ser divulgados ni revelados por los funcionarios que han intervenido en el examen o en la retención o revisión. Por tanto, el artículo 29 constitucional establece que *"todas las comunicaciones privadas son inviolables y no podrán ser interceptadas o grabadas, sino por mandato de autoridad judicial"*

Dicha protección alcanza correspondencias, correos electrónicos, comunicaciones telefónicas y cualquier otra clase de comunicación de orden privado. No podrán ser examinados ni retenidos, excepto cuando lo disponga la autoridad competente. También se contempla la imposibilidad de utilizar como prueba los resultados obtenidos, cuando ha sido violado el precepto constitucional, sin perjuicio de las responsabilidades penales que les correspondan a los funcionarios o particulares que irrespeten el derecho fundamental reconocido.

En la reforma de 2004, adicionalmente se dispuso que las comunicaciones privadas sólo podrán ser interceptadas o grabadas por mandato de la autoridad judicial, desprendiéndose que ninguna otra autoridad tiene facultad para ello y menos un particular. El precepto constitucional vigente tiene previsto que el incumplimiento de esta norma trae consigo la imposibilidad de utilizar como prueba los resultados de la intervención o interceptación, al igual que ratifica que podría imponerse sanciones penales para los que infrinjan ese mandato constitucional, según ya se dijo. El anteproyecto de reformas al texto constitucional²²⁴ aspiran a establecer una amplia

²²⁴ Vid., los artículos 44 y 45, cuyo tenor es el siguiente

protección del secreto de las comunicaciones, contemplando dos preceptos separados sobre la inviolabilidad de la correspondencia y la inviolabilidad de las comunicaciones, derechos fundamentales cuya interpretación no ha tenido problemas en la jurisprudencia nacional.

La Corte Suprema de Justicia, en Pleno, dentro de su fallo del 17 de julio de 2007, al interpretar el contenido del artículo 29 constitucional dijo que *" la interceptación o grabación de llamadas telefónicas puede darse, pero siempre en cumplimiento de lo que establezca el texto constitucional que, como vimos, actualmente le confiere potestad a la autoridad judicial, en el caso de intervenciones telefónicas De lo contrario y, según lo señala la propia Carta Magna, la intervención llevada a cabo por autoridad distinta, impide que las pruebas recabadas puedan ser utilizadas en cualquier proceso, sin perjuicio de las responsabilidades penales en que incurran sus autores"*

La inviolabilidad ofrecida al contenido de la comunicación se extiende al seno de la relación laboral, debido a que dentro de ese ámbito, igualmente, tienen lugar las comunicaciones privadas, ya sea entre trabajadores o entre éstos y personas ajenas al centro de trabajo (familiares, amistades o profesionales), merecedoras de protección y resguardo como aquellas realizadas por cualquier otro ciudadano Dentro de la empresa,

Artículo 44 *"Inviolabilidad de la correspondencia La correspondencia y demás documentos privados, físicos virtuales o de cualquier índole son inviolables y no pueden ser examinados ni retenidos sino por mandato de juez o tribunal competente y para fines específicos, de acuerdo con las formalidades legales En todo caso, se guardara absoluta reserva sobre los asuntos ajenos al objeto del examen o de la retención"*

El registro de estos se practicará siempre en presencia del interesado o de una persona de su familia o en su defecto de dos vecinos honorables del mismo lugar El incumplimiento de esta disposición impedirá la utilización de sus resultados como pruebas, sin perjuicio de las responsabilidades penales en que incurran los autores"

Artículo 45 *"Inviolabilidad de las comunicaciones Todas las comunicaciones son inviolables y no podrán ser interceptadas o grabadas, sino por mandato de juez o tribunal competente El incumplimiento de esta disposición impedirá la utilización de sus resultados como pruebas, sin perjuicio de las responsabilidades penales en que incurran los autores"*

es obvio, que pueden darse comunicaciones personales o privadas, comunicaciones extra-laborales o comerciales y comunicaciones estrictamente laborales

Ahora bien, cabe preguntarse si las comunicaciones del trabajador, incluidas aquellas que se dan dentro de la empresa por vía electrónica -dado los avances de las tecnologías y el desarrollo de la informática-, pueden ser interceptadas por el empleador o sometidas al control del empresario?

Acorde con el explicado precepto constitucional, y con el resto de normas que establecen una protección jurídico penal²²⁵, estimo que las comunicaciones privadas del trabajador, realizadas dentro de la empresa, no pueden ser objeto de penetración o de intervención por parte del empleador, toda vez que esta persona no cuenta con la condición exigida en referida norma, pues se trata de un sujeto privado de derecho. Por tanto, cualquier comunicación privada del trabajador, contenida en su correspondencia o en cualquier otro medio, que sea interceptada o intervenida por el empleador, a mi juicio afrenta o violenta el texto del artículo 29 constitucional

No obstante, conviene reseñar el tratamiento que los órganos de la jurisdicción laboral, en nuestro medio, le vienen dando a este relevante tema, pues se aprecian variadas decisiones que se apartan de las previsiones constitucionales, y constituyen una

²²⁵ Al respecto, en detalle, puede examinarse el Código Penal, reformado por la Ley 82/2012 que modifica los artículos 164 y 165 que a letra dicen

Artículo 164 "Quien se apodere o informe indebidamente del contenido de una carta, mensaje de correo electrónico, pliego, despacho cablegráfico o de otra naturaleza que no le haya sido dirigido, será sancionado con prisión de uno a tres años o su equivalencia en días-multa o arresto de fines de semana

Cuando la persona que ha cometido el delito obtiene algún beneficio o divulgue la información obtenida y de ellos resultara perjuicio, sera sancionada con dos a cuatro años de prisión o su equivalente en días-multa, prisión domiciliaria o trabajo comunitario. Si la persona ha obtenido la información a que se refiere el párrafo anterior como servidor público o trabajador de alguna empresa de telecomunicación y la divulga la sanción se aumentara de una sexta parte a la mitad"

Artículo 165 "Quien sustraiga, destruya, sustituya, oculte, extrave, intercepte o bloquee una carta, pliego, correo electrónico, despacho cablegráfico o de otra naturaleza dirigidos a otras personas, será sancionado con pena de prisión de dos a cuatro años o su equivalente en días-multa o arresto de fines de semana, la cual se aumentara en una sexta parte si lo divulga o revelara. Si la persona que ha cometido la acción es servidor público o empleado de alguna empresa de telecomunicación, la sanción será de tres a cinco años de prisión, la cual se aumentará en una sexta parte si lo revelara o divulgara"

cuestionada doctrina judicial que desconoce los derechos ciudadanos que también ostenta el trabajador dentro de la empresa, los cuales no los pierde por el hecho de estar obligado dentro del contrato de trabajo e ingresar a los centros de trabajo. Además, desconocen el hecho que las comunicaciones pueden realizarse por distintas formas (correspondencias, telegramas, conversaciones telefónicas, correos electrónicos, y cualquier otra) Vale la pena comentar las resoluciones más importantes a los efectos de este estudio investigativo

Con respecto a la revisión del correo electrónico del trabajador, sin importar que la empresa haya suministrado el equipo y pagado el servicio de internet, hace poco tiempo el Tribunal Superior de Trabajo del Primer Distrito Judicial de Panamá (TSTPDJP) tuvo la oportunidad de fijar una posición distinta dentro del proceso laboral incoado por *Michelle Gregoire contra Manzanillo International Terminal-Panamá, Inc*, pero hizo abstracción del problema planteado respecto del cuestionamiento del modo de obtención de la prueba relativa a interceptación del correo electrónico de la trabajadora demandante para referirse únicamente al uso inadecuado de la computadora y la excesiva remisión de los correos electrónicos a personas ajenas de la empresa y a sus propios compañeros de trabajo, tal como se aprecia en la sentencia del 29 de diciembre de 2009

En la citada resolución se dispuso que *"este Tribunal debe señalar que el proceso sub júdice gira en torno al inadecuado uso que sostiene la demandada, de la computadora y los correos electrónicos que durante la jornada laboral, realizó y envió la demandante, tanto a compañeros de la empresa y personal fuera de ella, que no guardan relación con sus labores asignadas"*

La trabajadora demandante en su declaración de parte ha señalado que en efecto utilizó la computadora para actividades personales, sólo que agrega no haber incurrido en falta porque la cuenta o correspondencia de su correo electrónico la revisó la empresa sin su autorización y sin una orden de autoridad competente, lo que permite a este Tribunal Superior enfatizar lo siguiente

La parte actora también riposta en su defensa, que el uso de computadora y los correos de forma personal no estaban prohibidos en el reglamento interno de la empresa cuando se encontraba en labores y que es posteriormente de su despido que surge la prohibición, argumento que a juicio de este Tribunal de alzada no tiene asidero legal alguno, en atención a que por un lado, el artículo 126 numeral 1 del Código de Trabajo, impone la obligación a los trabajadores de realizar personalmente el trabajo convenido con la intensidad, cuidado y eficiencia, que sean compatibles con sus fuerzas, aptitudes preparación y destreza, en el tiempo y lugar estipulado, lo que al final de cuentas la responsabilidad y deberes recíprocos de las partes, en este caso para la demandante, la remuneración de ésta tiene directa relación con el cargo y funciones, y en este sentido también la lógica nos indica que uso de la computadora y los e-mails durante la jornada de trabajo, como elemento sustancial del artículo 68 del Código de Trabajo en cuanto a lo que contiene los contratos individuales de trabajo

El Tribunal Superior coincide plenamente con la sentencia de la Junta de Conciliación y Decisión No 1 que nos ocupa en esta alzada, y analizados que se expuso con precisión lo que se desprende del listado de correos electrónicos que dieron motivo para el despido, que incluso el 28 de agosto de 2008 la actora desde las 2 32 p m hasta las 10 18 p m ,

envió 70 correos que en su amplia mayoría no tienen relación alguna con sus labores contratadas, configurándose una evidente falta grave de probidad y honradez, en perjuicio del empleador como causa justificada de despido " Con tales consideraciones se confirmó la justeza del despido, operado en contra de la trabajadora, sin que se demostrara el perjuicio sufrido por el empleador, aspecto soslayado o que no fue analizado en el fallo, pese a que se propuso su discusión desde la primera instancia.

Con respecto a la violación de la comunicación privada de la trabajadora tampoco hubo razonamiento del Tribunal Superior de Trabajo del Primer Distrito Judicial de Panamá, TSTPDJP, lo cual fue sometido a consideración en la demanda entablada y que la Junta de Conciliación dijo que se trataba de un derecho constitucional que no podía enjuiciar porque ello es competencia del Pleno de la Corte, sin ello impidiera la adopción de la decisión de fondo pese a la advertencia reconocida

Sobre esa temática dicho Tribunal ha sostenido que el envío de correo electrónico, con contenido pornográfico, representa un acto o conducta inmoral que atenta contra las buenas costumbres y la moral laboral, ya que se registra un uso inadecuado del equipo o instrumento de trabajo, perteneciente de la empresa y que fuera entregado a los trabajadores con la finalidad de realizar las labores contratadas

Al respecto, debo extractar y comentar tres interesantes decisiones que establecen el mencionado criterio judicial Dentro del proceso laboral entablado por *Rubén Darío Aizpurúa contra Cable & Wireless Panamá, SA* , mediante sentencia del 19 de abril de 2001, el Tribunal Superior de Trabajo del Primer Distrito Judicial de Panamá que *"en el expediente se encuentra comprobada la autoría del acoso sexual por parte del*

trabajador demandante y en base a lo estipulado numeral 15, es decir, el acoso sexual y la conducta inmoral del trabajador durante la presente la prestación del servicio, por lo que cabe razón al A-quo en absolver a la empresa demandada de los cargos incoados en su contra por el trabajador a razón de un despido injustificado

Además, frente a su negativa de los hechos que se le acusan, el trabajador no ha podido demostrar en el proceso que no fue él la persona que enviara el material obsceno a su compañera de labores de inferior jerarquía en el centro de trabajo, como lo afirmó en su declaración, siendo él al que le corresponde la carga de la prueba de acuerdo al artículo 735 del Código de Trabajo

En cuanto a las restantes pruebas y la siguiente causal de despido denunciada en contra del trabajador, en aras de una mayor economía procesal y en vista de que el Tribunal ha acogido el despido justificado en base a la figura del acoso sexual y la conducta inmoral del trabajador de acuerdo al numeral 15 del artículo 213 acápite A, resulta innecesario continuar el debate del proceso, toda vez que ya se tiene una decisión confirmatoria de lo resuelto en la primera instancia ”

En otro fallo dicha autoridad jurisdiccional, refiriéndose al contenido de los correos electrónicos enviados, dentro del pleito iniciado por *Rodolfo Lozano contra la empresa Nestlé Panamá, S A*, se sostuvo que “*ha quedado establecido en el proceso que el trabajador en horas de trabajo utilizó un equipo de la empresa en actividades distintas a las que correspondían a sus funciones y que con esta acción causó un daño al servidor de la empresa, ya que se envió 2 correos electrónicos de más de 2 6 megabytes, que corresponden a dos millones seiscientos mil bytes, a 9 compañeros de trabajo, lo que*

causó que el servidor se colapsara e impidiera las funciones de la empresa, debido al tamaño de los correos enviados

Adicionalmente, se ha comprobado que el trabajador envió por correo electrónico material pornográfico, ya que resulta imposible que con el movimiento de una tecla se envíe un correo electrónico, ya que tal labor requiere una serie de pasos, que sólo pueden realizarse manualmente, como son el abrir la casilla de envío, introducir los nombres de los destinatarios principales más los destinatarios en copia, agregar el asunto, y darle la orden de envío, por lo que el trabajador sabía perfectamente lo que estaba enviando

Es evidente, que remitir correo electrónico pornográfico constituye un acto que riñe con la moral laboral, ya que no sólo no existe autorización para hacerlo ni toda persona acepta recibir un correo electrónico de estas características "

El referido criterio aparece en la sentencia del 19 de junio de 2007, en el caso presentado por *Luis Demetrio Castillo Urrunaga contra Bac International Bank, Inc* , cuando expuso el Tribunal Superior de Trabajo que *"se establece que en la computadora del trabajador se encontró material pornográfico, que previamente le había sido encontrado y se le había advertido que era un material que no cumplía con los fines y políticas de la empresa*

El sólo hecho de mantener material pornográfico en la computadora de la empresa constituye un acto que riñe con la moral laboral, ya que no sólo no existe autorización

para hacerlo, sino que constituye un uso indebido del equipo que le fue entregado por la empresa para realizar sus labores ”

En ninguna de las sentencias extractadas se debatieron las cuestiones relacionadas con el procedimiento empleado para la obtención del sórdido material, enviado o recibido en las comunicaciones electrónicas, pues los litigantes no cuestionaron dicho extremo, llegando a ser ratificadas las medidas aplicadas por el empresario donde se actualizaba o ratificaba su poder disciplinario y sancionador. No hubo lesión de los derechos fundamentales en tales casos, de acuerdo con esa corporación judicial, puesto que no es permitido que los trabajadores remitan correos electrónicos con material pornográfico ni formulen invitaciones o propuestas para cenar o tomar algunas copas de licor, en horas de la noche, utilizando como elemento de convencimiento las posibilidades de promoción o mejoras en la empresa.

También se observa que la utilización del correo electrónico dentro de la empresa no ha tenido hasta el momento la protección adecuada conforme al texto constitucional, ya que dicho instrumento comporta un derecho de comunicación al interior de la empresa, que disfruta de esa cobertura jurídica y su inobservancia entraña desconocer sus elementos configurativos. Por tanto, el empleador no tiene derecho a penetrar ni interceptar las comunicaciones privadas o profesionales del trabajador, aun cuando se haga con los equipos, sistemas y servicios, suministrados por la empresa, dado que no participa como interlocutor de esa moderna comunicación.

Cabe agregar que al momento de culminar esta investigación no he encontrado resoluciones del Tribunal Superior de Trabajo del Segundo Distrito Judicial de Panamá,

TSTSDJP, que se hubieren ocupado de estos asuntos, ni conozco precedentes de la Corte Suprema de Justicia que se hayan referido a los mismos, sea implícita o expresamente, salvo aquel de fecha de 6 de enero de 2003, ya comentado, y el referido al juicio de ponderación que es objeto de un breve comentario en el próximo capítulo de esta investigación

2. Los derechos fundamentales del trabajador como límites a los poderes del empresario:

Los derechos fundamentales de la persona del trabajador no son derechos absolutos, sino limitados por cuanto deben convivir con los otros derechos fundamentales del resto de la sociedad, incluyendo a los empleadores que también cuentan y se les reconocen derechos constitucionales como son la libertad de empresa y la propiedad privada. Esto implica que los derechos fundamentales de los trabajadores tienen que modularse dentro del contrato de trabajo, como es sabido, y afirma la doctrina extranjera

Esta categoría especial de derechos viene a frenar los poderes del empresario, tal como se verá adelante, y el ejercicio de éstos tiene que considerarlos igualmente dado que si los vulnera o desconoce, su contenido esencial, podrá ser objeto de una declaratoria de ilegalidad o sanción de nulidad.

2.1 Potestades del empleador basada en la libertad de empresa y propiedad privada

Otro tema importante del Derecho del Trabajo, de siempre, está referido a los límites del poder del empresario, empleado para organizar y gestionar su empresa, y porque constituye uno de los elementos que caracterizan la relación jurídica habida con el

trabajador, quien está sometido a ese poderío por su subordinación y dependencia. El poder del empresario refleja el proyecto comercial promovido y que está contemplado en los ordenamientos jurídicos, evitando que su ejercicio sea abusivo. Se trata del derecho de disposición sobre la actividad laboral del trabajador, organizándolo y dirigiéndola hacia la consecución de los objetivos perseguidos dentro los sistemas económicos.

El empresario o empleador como sujeto de la relación de trabajo ocupa una posición de supremacía frente al trabajador, colocándose como acreedor de la actividad laboral, y desde esa perspectiva ejerce variadas potestades que permiten hacer efectivo el cumplimiento de la principal obligación que contrae o asume el trabajador. Esas potestades emanan de la libertad de empresa y la propiedad privada que han sido reconocidas en los ordenamientos constitucionales como derechos fundamentales del empleador.

La libertad de empresa es el espacio irreductible de autonomía de la organización empresarial, destinada primordialmente al sector privado y que se encuentra garantizada constitucionalmente. Por su parte, la propiedad privada es una de las primeras prerrogativas del individuo que determina el sistema capitalista sobre el cual descansa el modelo de producción donde se desarrollan las relaciones de trabajo, siendo este último el fundamento más lejano de los poderes del empresario. Tales derechos constituyen la fuente primigenia de los poderes del empresario que están representados por un conjunto de facultades jurídicas (de dirección, reglamentaria y disciplinaria), ejercidas dentro de las relaciones laborales para alcanzar los fines económicos de la empresa, quedando

limitados ante el reconocimiento de los derechos de los trabajadores, sean fundamentales u ordinarios, según lo expuesto en otra parte de la investigación.

Como dijera Alfredo Montoya Melgar, los poderes del empresario están destinados "a la organización general de la empresa y a la ordenación de las prestaciones laborales (poder de dirección) y a la represión de las conductas laboralmente ilícitas del personal de la empresa (poder disciplinario) Esta suma de poderes constituye la contrapartida de la situación de sujeción o dependencia a que se encuentra sometido el trabajador"²²⁶. Tales poderes con consecuencia inmediata del contrato de trabajo, y un efecto mediato de la voluntad de la Ley, se pone en manos del empresario, por lo que su fuente directa se encuentra en el contrato de trabajo

De acuerdo con este autor el poder de dirección del empresario como derivación de la libertad de empresa y de la propiedad privada, es empleado para organizar y gestionar la empresa, mediante el establecimiento de " órdenes e instrucciones que generan los consiguientes deberes concretos de obediencia del trabajador"²²⁷ Este poder directivo del empresario también sirve para alcanzar " la comprobación del cumplimiento de la prestación y la adecuación de ésta a la organización general y a las órdenes e instrucciones particulares del empresario"²²⁸ Se concibe como la capacidad que tiene el empleador de disponer el modo, tiempo y lugar de ejecución del trabajo, así como la forma de realizar la actividad laboral

²²⁶ (1995 359)

²²⁷ (2011 p 37)

²²⁸ (Ibid p 39)

Por su parte, Fernando Valdés Dal Ré advierte que "el poder del empresario de organizar su empresa, de adoptar las decisiones básicas relativas a qué, al cómo, al cuánto, al cuándo y al dónde producir un bien o prestar un servicio y, por lo mismo, al modo como coordinar y articular las prestaciones laborales y recursos técnicos, constituye el argumento dotado de la mayor capacidad de limitación de los derechos constitucionales personalísimos del trabajador"²²⁹ Esta noción se presenta ante los intereses conflictivos que pueden verse envueltos en la estructura del contrato de trabajo (lógica contractual y lógica organizativa)

Al respecto Juan Sagardoy Bengoechea, acota que la función que debe cumplir, en estos tiempos, el Derecho del Trabajo consiste en destacar "la relevancia de la persona del trabajador, que lleva aparejada la limitación de los poderes del empresario"²³⁰ Por ello, se afirma con razón que los derechos fundamentales reconocidos al trabajador como persona y ciudadano, no se pierden o desvanecen al insertarse en la empresa, sino que vienen a convertirse en los límites a los poderes del empresario.

El poder de dirección del empleador encierra las potestades reglamentarias y disciplinarias y, en términos generales, tales poderes están destinados a la organización general de la empresa, a la ordenación de las prestaciones laborales y a la represión de las conductas ilícitas del personal de la empresa. Entonces, se desprende que el poder del empleador dentro de la empresa se manifiesta en tres ámbitos que son el directivo, reglamentario y disciplinario, los cuales están íntimamente ligados y complementarios

²²⁹ (2003 p 95)

²³⁰ (2005 p 25)

En palabras menos originales, puede decirse que esas potestades invaden distintos ámbitos de aplicación, quedando condicionadas al respeto de los derechos de los trabajadores, por lo que no es aislada ni sencilla su efectiva realización frente a los trabajadores. No es posible que ninguna de esas potestades del empresario pueda ser ejercida de forma absoluta, dado que son limitadas ante los derechos de los trabajadores

Los poderes del empresario²³¹ están contemplados en la legislación laboral vigente. Esos poderes están sometidos a distintas limitaciones entre las cuales claramente se identifican la esfera de libertad personal del trabajador, como bien expone Jaime Raúl Molina, cuando apunta que "las instrucciones u órdenes impartidas por el empleador no deben interferir con los derechos fundamentales del trabajador como el derecho a la libertad de expresión, libertad de pensamiento, de religión, de asociación de reunión, de manifestación pacífica y demás derechos individuales y sociales reconocidos por nuestra Constitución y los tratados y convenios internacionales ratificados por Panamá"²³² Así, el ejercicio de las potestades del empresario están sometidas a determinados límites, tanto subjetivos como objetivos, interesando principalmente el necesario respeto de la dignidad del trabajador y, en última instancia, la regulación jurídica de los mismos por razón de la intervención estatal en las relaciones laborales

El poder de dirección se considera una potestad empresarial que tiene como contrapartida la subordinación jurídica del trabajador, cuya finalidad consiste en determinar la

²³¹ Vid , las anotaciones de Rolando Murgas Torrazza sobre los tres poderes específicos del empresario que no pueden ser ejercidos de forma absoluta, debido al intervencionismo estatal y la tutela de los derechos de los trabajadores, aunque tengan fundamento constitucional. Tanto el poder de dirección como el poder reglamentario y disciplinario le corresponden al empresario y cada vez más se acentúan sus limitaciones debido al intervencionismo estatal en su actividad reguladora y la ascendente capacidad de penetración en las esferas de dirección que desarrollan las organizaciones sindicales, a través de la negociación colectiva, quedando el trabajador sometido a esos poderes por la subordinación jurídica en la que se encuentra dentro del contrato de trabajo (1983 pp50-51)

²³² (2002 p 61)

organización de las labores dentro de los centros de trabajo. En principio, esta facultad es ejercida por el empresario, ya que puede ser delegada a las personas que lo representan dentro de la empresa (supervisores, jefes, directores, administradores, gerentes, etc.), esto es, tomando en cuenta su estructura organizacional o esquema jerárquico

Este poder se concreta a través de las órdenes, directrices o instrucciones, contenidas en el reglamento interno de trabajo, tal como se establece en el artículo 181 del Código de Trabajo. Por tanto, ese instrumento constituye el medio para el ejercicio de esa facultad o supone la vía que facilita su ejecución. El referido artículo 181 ordena que "*el reglamento interno de trabajo tendrá por objeto precisar las condiciones obligatorias a que deben someterse el empleador y sus trabajadores con motivo de la ejecución o prestación de servicios*". Y añade que "*corresponde al empleador la dirección de la empresa y para ello impartirá las órdenes, instrucciones, reglamentos y directrices convenientes para el logro de los objetivos de la empresa*". En ese documento se establecen los parámetros que deben seguirse dentro de la empresa para su buen funcionamiento.

El poder reglamentario se refiere a aquella potestad del empleador que tiene el propósito de encausar y disponer como se cumple la prestación del servicio, dado que las especificidades y complejidades no permiten que sean determinadas por la Ley, sino establecidas en las disposiciones o reglamentos diseñados por éste. Suele confundirse con el poder de dirección, pero constituye su brazo ejecutor o complemento, según la doctrina científica.

El poder disciplinario es concebido como la facultad que tiene el empleador para sancionar a los trabajadores que actúen en forma contraria a las normas y reglas

establecidas en la empresa, perjudicando la producción y la disciplina de la misma. Se contempla explícitamente en el artículo 132 del Código de Trabajo, al disponerse que *"todo empleador tiene el deber de estimular en los trabajadores el mejor cumplimiento de sus obligaciones y, correlativamente, la facultad de sancionar el incumplimiento de ésta"*. Esta facultad de imponer sanciones ante las faltas cometidas por los trabajadores, ya se dijo deviene del poder de dirección del empresario, trae apareja la obligación de estimular a los trabajadores en lo que respecta al cumplimiento de sus obligaciones.

Tras el reconocimiento del poder adicional de sancionar, a juicio de Arturo Hoyos, junto a otros poderes del empleador se persigue " alcanzar sus objetivos dentro de cualquier sistema económico"²³³. Así, el proyecto empresarial se lleva a cabo con las facultades y herramientas que se otorgan y conceden al empresario, basadas en la libertad de empresa y propiedad privada, dentro de una relación de trabajo en cuya estructura dicho sujeto ocupa una posición de supremacía

Esos poderes del empresario fueron reconocidos para hacer posible la producción dentro de los modelos *fordista o taylorista*, aparecidos durante todo el Siglo XX, dominando esos sistemas económicos en los bajos costos de la gran empresa industrial. Este modelo de producción descansaba en los largos procesos de organización de las tareas ante la demanda masiva de productos que estaban en constante expansión durante la revolución industrial y que vino a mantenerse en la sociedad capitalista moderna

²³³ (2005 p 125)

Ese modelo de la gran empresa industrial, como es sabido, se produjo en un mercado de masas y se vino a caracterizar por su centralidad, inmediatez e intensidad²³⁴ Estos rasgos han sido concebidos por el concentrado ejercicio de los poderes empresariales dentro de las fábricas o empresas, donde se dio la reunión y concentración de trabajadores en grandes unidades de producción, bajo el directo control y dirección del empleador durante un número determinado de horas del día; y produciéndose una especialización y división en las labores o tareas desarrolladas por los trabajadores. Dentro del fordismo, el poder de dirección del empresario fue constante y, solamente, se permitía acudir a colaboraciones externas de modo esporádico ante necesidades específicas.

Este modo de organización del trabajo empezó su crisis, a partir de los años setenta del siglo pasado, cuando las nuevas tecnologías impactan los sistemas de relaciones laborales y con ellas se debilitan los poderes empresariales.

2.2 Medidas de organización y control impuestas dentro de la empresa ante las nuevas realidades tecnológicas.

Tras reconocer que la crisis económica se instaló en las economías occidentales, Wilfredo Sanguinetti Raymond enfatiza que la incertidumbre e inestabilidad económica y la competencia en mercados abiertos condujo al desarrollo de nuevos modelos o sistemas de organización trabajo, diferentes del tradicional, facilitando y favorecido por los avances tecnológicos " que permitieron la puesta en práctica de formas de desarrollo y de control de trabajo ajeno impensables hasta entonces, es decir, diversos modelos o sistemas caracterizadas de mayor flexibilidad productiva, dirigida a hacer frente a las nuevas

²³⁴ Vid., la reflexión de Wilfredo Sanguinetti Raymond cuando hace un balance sobre el retroceso del poder de dirección del empresario ante las transformaciones económicas, tecnológicas y productivas, las cuales impactan las relaciones laborales (2002 p.126)

condiciones más inciertas y competitivas en las que ha de desarrollarse la actividad económica"²³⁵. Las nuevas formas de organización de la producción no vienen a reemplazar el fordismo sino a evidenciar sus deficiencias, introduciendo mutaciones en los paradigmas tradicionales de ejercicio del poder de dirección del empresario

Las transformaciones a los rasgos que caracterizan el desenvolvimiento del poder directivo del empresario dentro de los cánones tradicionales del fordismo corresponden a la afectación de su centralidad o concentración de las actividades empresariales ante las estrategias de segmentación de los procesos de producción (*externalización, tercerización o descentralización productiva*)²³⁶, las cuales transfieren su ejecución al exterior de la empresa, a la alteración de la inmediatez por la emergencia de nuevas formas de organización productiva, originada en las nuevas tecnologías de la información y comunicaciones que permiten el control a distancia o remoto de las labores de los trabajadores, utilizando instrumentos telemáticos y audiovisuales que evitan el contacto directo; y a la relativización de la intensidad debido a la revalorización del trabajador como sujeto que piensa y tiene iniciativa en la toma de decisiones en cuanto al desarrollo de sus tareas o labores

La atenuación del poder de dirección del empleador frente a las nuevas formas de organización productiva, según el autor citado, implica un retroceso dado que su ejercicio se torna flexible y ponderado que favorece la posibilidad de la iniciativa de los individuos. No se afecta ni produce la desaparición de la situación de dependencia de los

²³⁵ (Ibid p 127)

²³⁶ Este tema es abordado y desarrollado, con detalle, en la obra Cuarenta y dos Estudios sobre la Descentralización Empresarial y el Derecho del Trabajo, donde se reúnen una serie de perspectivas relativas a las implicaciones de ese fenómeno en nuestra disciplina, las cuales muestran una diversidad de enfoques en las distintas partes del Derecho del Trabajo

trabajadores, ya que ésta se mantiene dentro de las relaciones jurídica con su empleador, sino que surgen variadas formas de dependencia haciéndolas más complejas y sutiles

No obstante, la tendencia acusada por razón de los avances tecnológicos en el campo de la información y las comunicaciones, utilizados en las relaciones laborales, es considerada valiosa para la ciencia del Derecho del Trabajo, ya que se revaloriza la condición humana de los trabajadores en el lugar de trabajo, concretamente en cuanto a su dignidad e intimidad

Entre las medidas de organización y control empleadas en las empresas, tras la incorporación de las nuevas tecnologías, se pueden mencionar las siguientes el monitoreo de las labores de los trabajadores mediante la instalación de cámaras o videocámaras, la asignación de correos electrónicos o *e mails* como herramientas de trabajo para facilitar la comunicación con los trabajadores, el monitoreo de las comunicaciones telefónicas, la supervisión de los trabajadores por la vía de utilización del detector de mentiras o de tarjetas magnéticas o electrónicas, el acopio de datos personales que deben incorporarse a los contratos individuales de trabajo, el almacenamiento y transmisión de los datos personales del trabajador, etc

Otras situaciones que representan aplicaciones de avances tecnológicos, y que han entrado en el campo de las relaciones laborales, tal como indica Djamil Tony Kahale Carrillo, son "la firma electrónica del contrato, dimisión efectuadas por correo electrónico, tratamiento informatizado de los datos personales de la plantilla de la empresa, prestaciones que realizan algunos trabajadores mediante el internet o correo

electrónico, la utilización sindical del internet"²³⁷ Esas situaciones guardan relación con la dirigir la forma de trabajar y de ejercer control del trabajo

Esas medidas de control y vigilancia se han justificado debido a la necesidad de proteger los bienes de la empresa, conocer el desempeño de los trabajadores en sus puestos de trabajo y adoptar las acciones adecuados de seguridad e higiene en el establecimiento donde se desarrolla la relación laboral. Tales controles serán aceptados y, por tanto, procedentes siempre que se respete la dignidad e intimidad del trabajador, es decir, se observen dichas barreras infranqueables

3. El tratamiento de la *Drittwirkung der Grundrechte* dentro de la justicia laboral y constitucional en Panamá: ¿incomprensión o indiferencia?

Los derechos fundamentales se erigen en pilares necesarios para la convivencia social, teniendo que ser respetados tanto por el Estado como por el resto de las personas que conforman la sociedad, lo que implica que su vigencia está presente en las relaciones entre particulares, inclusive. Indudablemente, los derechos fundamentales tienen cabida en la esfera de las relaciones laborales y suponen un reacomodo de los límites al ejercicio de los poderes empresariales

En Panamá, los derechos fundamentales de la persona del trabajador han sido recibidos por el texto constitucional y la normativa internacional alusiva a los derechos humanos, quedando reflejados en un conjunto de normas generales y especiales que desarrollan esos instrumentos a nivel infraconstitucional, y en dicha normativa se abarcan cuestiones de validez y garantías de esa categoría especial de derechos. Ese conjunto de

²³⁷ (2006 p304)

instrumentos conforman el régimen jurídico de los derechos fundamentales de los trabajadores.

Por tanto, se hace necesario describir la evolución constitucional y regulación internacional, así como comentar las disposiciones legales y reglamentarias que han sido establecidas en nuestro ordenamiento, antes de cuestionar el tratamiento jurisprudencial que viene limitando la cobertura de los derechos fundamentales en el ámbito de las relaciones laborales, claro está, después de su ejercicio cuando son desconocidos o vulnerados al interior de la empresa

3.1 *Evolución constitucional y cobertura legal de los derechos fundamentales del trabajador*

En el territorio istmeño han regido varias Constituciones, agrupadas en determinadas etapas de nuestra historia, según la doctrina nacional²³⁸, buscando facilitar su comprensión y el contexto de su expedición. Cuando examina el constitucionalismo panameño, César Quintero Correa, divide ese proceso histórico en tres eras de la historia, a saber "la colonial, la colombiana y la que han dado en llamar republicana"²³⁹. Se descarta que la vida constitucional de nuestro país hubiera comenzado con la Carta de 1904, ya que tuvo vigencia la Constitución española de Cádiz y se dio una larga experiencia de aplicación del ordenamiento colombiano, mientras el istmo se hallaba unido a Colombia. Aunque la nota mencionada sirva para recordar nuestro devenir

²³⁸ Se identifica el periodo previo al nacimiento de la república y aquel que se dio con su fundación, diferenciado por los juristas Víctor Florencio Goytia, quien reseña las constituciones que han regido en el istmo durante la época de la unión a la Gran Colombia, (1954 p 1), y Jorge Fábrega Ponce, quien indicó que la historia constitucional panameña tuvo su punto de referencia en las constituciones españolas, sin dejar de reconocer la influencia de las fluctuaciones del derecho constitucional colombiano (1965 p 9)

²³⁹ (1989 p 8)

histórico, interesa la evolución constitucional durante la era republicana, caracterizada por la independencia y soberanía del territorio nacional.

En efecto, con sólidos argumentos se dijo que la Carta de 1904, era un documento de conciliación política entre los dos partidos históricos, la cual estaba caracterizada por haber establecido un régimen de corte estrictamente individualista, con un modelo liberal —en lo político y económico— propio de la época²⁴⁰ Según el título tercero de esa constitución estaban consagrados solamente los derechos individuales

Posteriormente, advino el constitucionalismo social con el texto constitucional de 1941, cuando son reconocidos, por vez primera, los derechos sociales dentro del título tercero que fuera denominado Derechos y Deberes Individuales y Sociales. Entre los derechos de contenido social incorporados se encontraban aquellos relacionados con la protección de la familia, el trabajo, la asistencia social y la educación nacional. También se produjo la consolidación del Estado de Derecho, con el establecimiento de la guarda judicial de la Constitución, el denominado recurso de amparo y la creación de la jurisdicción contencioso-administrativa²⁴¹. Pese a su carácter progresista, la segunda constitución tuvo una duración efímera, pues su vigencia fue suspendida en 1944, cuando se dio la convocatoria a la Asamblea Nacional Constituyente.

²⁴⁰ A propósito, vid. José Dolores Moscote dijo que el reparo más insistentemente hecho a la carta de 1904 fue su individualismo estrecho y cerrado que no daba margen, ni aun por la vía de las más libre interpretación, para enfrentarse siquiera a los múltiples problemas económicos, fiscales y sociales que con rapidez angustiosa, provenían del desarrollo natural de la república. Esto trajo como consecuencia el colapso de no pocos principios inscritos en el mencionado documento, acostumbrándose el país al régimen de la legislación ordinaria empírica desprovista, casi por completo, de las seguras orientaciones de un estatuto armónico con la realidad del país (1944 p 136)

²⁴¹ Tras haber ampliado el horizonte individualista de los derechos fundamentales dentro de ese código político, según Moscote, éstos son mejor garantizados con el control de constitucionalidad (artículo 188), el recurso de amparo de garantías constitucionales (artículo 189) y la jurisdicción contencioso-administrativa (artículo 190). Estas instituciones, por lo menos en principio, perfeccionan considerablemente las bases jurídicas reguladoras de las relaciones entre nuestro estado y sus miembros en cuanto a sus derechos y deberes recíprocos (Ibid pp 137-138)

En 1946, se adoptó la tercera Constitución Política que estuvo orientada a perfeccionar y ampliar las instituciones creadas por su antecesora, tal como dijo uno de los autores citados, llegando a ser calificada como "la más ponderada y democrática que ha tenido Panamá en su llamada era republicana"²⁴². Al ser configuradas las funciones esenciales del Estado, el estatuto abandona la noción de los poderes públicos, como es sabido, por aquella que hace alusión a la teoría de los órganos del Estado.

A diferencia del régimen anterior los derechos fundamentales, personales y sociales, sistemáticamente fueron contemplados dentro del título tercero de esta constitución. Se agruparon en capítulos separados los derechos individuales, derechos de la familia, derechos laborales, derechos culturales, derechos a la salud pública y asistencia social y derechos de las colectividades campesinas e indígenas. Tales derechos serían protegidos con el recurso de amparo cuando resulten vulnerados por las actuaciones de los funcionarios públicos, en virtud la limitada formulación constitucional que mantuvo esa carta política.

En un viejo estudio comparativo, Jorge Fábrega Ponce destacó "que la Constitución de 1946 responde a un individualismo social, surgido de la crítica de la igualdad burguesa, en medio de la desigualdad social y económica"²⁴³, cuando formulara observaciones respecto de su orientación ideológica, mientras que las características de la segunda constitución le condujeron a decir que con ella se iniciaba "una revisión del liberalismo individualista"²⁴⁴. La revisión del carácter individualista en las anteriores constituciones, más no su eliminación, vino a ser planteada por José Dolores Moscote, hace tiempo con

²⁴² (Op. Cit. p. 66)

²⁴³ (1986 p. 125)

²⁴⁴ (Ibid. p. 117)

otras palabras, cuando escribió que esa orientación política filosófica constituyó " .en sí un obstáculo insuperable para que ella pueda ser reformada en una dirección social más o menos amplia y comprensiva sin que se rompa la armonía ideológica de su conjunto"²⁴⁵

No fue trastocada la concepción filosófica de ninguna de las dos constituciones comparadas de acuerdo con las opiniones citadas. El imperio de esa constitución se detuvo o fue obstaculizado cuando la Guardia Nacional asaltó el poder político en 1968, pretendiendo corregir actuaciones de la oligarquía que gobernaba el país, y el gobierno provisional impuso otro estatuto fundamental en 1972.

En su versión original, ese ordenamiento constitucional trajo consigo la institucionalización de un régimen de gobierno peculiar, pues se reconoció como líder máximo de la revolución panameña, al general Omar Torrijos Herrera, y se le atribuyó poderes extraordinarios de un verdadero Jefe de Gobierno, según el famoso artículo 277. Dentro del título tercero quedaron amplios los derechos fundamentales, al ser configurados con mejor técnica que la anterior normativa, sin haber erradicado el esquema liberal de la heredada tradición constitucional. En los años 1978, 1983 y 1994, se introdujeron reformas a la actual constitución –subrogando, modificando o adicionando- distintos contenidos, materias e instituciones tales como derechos fundamentales, organización electoral, órganos del Estado y otras cuestiones medulares de la nación panameña.

Los últimos cambios al instrumento político panameño, operados en los años noventa, surgieron de un gran acuerdo nacional y vinieron a ser la respuesta frente a la

²⁴⁵ (Op. Cit. p.101)

responsabilidad del Estado panameño, asumida el 31 de diciembre de 1999, al pactarse la nacionalización del Canal de Panamá y la eliminación del ejército, tal como expuso Armando Muñoz Pinzón, al señalar que "las reformas aprobadas en 1994 a la llamada 'constitución autocrática y militarista' de 1972 tienen la peculiaridad de que adicionan un nuevo título trascendental impuesto por la realidad acuciante de la panameñización del Canal, asimismo, consagran la eliminación del ejército"²⁴⁶ Ambos objetivos estratégicos se concretaron al sustituirse el preámbulo original del texto constitucional vigente, derogarse el Consejo General de Estado, modificarse el título sobre Defensa Nacional y Seguridad Pública y ser reemplazado por el concepto de Fuerza Pública y crearse todo un título sobre el manejo de la vía interoceánica y establecer las bases de su régimen laboral especial

Cuando revisa este particular en la constitución panameña, Vasco Torres De León, anota que "se destacan una serie de derechos fundamentales que tiene toda persona humana por esa sola condición. Adicionalmente, el texto constitucional consagra otros derechos constitucionales que siguen siendo de aplicación a la persona del trabajador, ya sea que este considerado como tal –trabajador- o simplemente por su dimensión de ciudadano común. Por razón del rango constitucional esos derechos deben ser respetados en todas las relaciones que el individuo sostiene, sean de tipo laboral o no, privada o pública"²⁴⁷ Bajo ese incuestionable enfoque, este autor identifica el derecho al honor en el artículo 17 constitucional, el derecho a la no discriminación y a la igualdad de trato en el artículo 19.

²⁴⁶ (2000 pp.276-277)

²⁴⁷ (2002 p 63)

el derecho a la privacidad en el artículo 29, el derecho a la libertad de culto en el artículo 35, el derecho a la libertad de expresión en el artículo 37, entre otros.

En la década pasada de este siglo, se aprobaron las reformas constitucionales de 2004, persiguiendo satisfacer las necesidades que fueron definidas por Arturo Hoyos, en cuatro enunciados, así "fortalecer las instituciones de la democracia y nuestro Estado de Derecho, ampliar los derechos fundamentales, perfeccionar la democracia representativa; y atenuar el presidencialismo"²⁴⁸. Según la visión general expuesta, los cambios buscaban despolitizar la Corte Suprema de Justicia y detener la marcha hacia una democracia plebiscitaria, y específicamente negó el paso de altos funcionarios a la Corte, cuando se prohibió el nombramiento de las personas que hubieran ejercido funciones de legislador o suplente, durante cinco años anteriores, y/o un cargo público con mando y jurisdicción dentro del Órgano Ejecutivo, elevó a rango supremo la Defensoría del Pueblo, creó la jurisdicción de cuentas, añadió un párrafo al artículo 17, estableciendo como mínimos los derechos fundamentales proclamados, incorporó el *habeas corpus* preventivo y correctivo²⁴⁹, al igual que el *habeas data*²⁵⁰ y el derecho a la información, introdujo la nulidad de las pruebas ilícitamente obtenidas cuando se trate de intervenciones telefónicas no autorizadas judicialmente, dotó al Tribunal Electoral de independencia financiera y previó la doble instancia en los procesos electorales, instituyó la libre postulación y mantuvo la revocatoria de mandato, previó la descentralización de la

²⁴⁸ (2005 pp 1-8)

²⁴⁹ Al referirse a las tres modalidades del *habeas corpus*, Rigoberto Gonzalez Montenegro, destaca que esos mecanismos están dirigidos a proteger la libertad corporal ante las privaciones arbitrarias, siendo incorporadas por vía jurisprudencial las variantes preventivas y correctivas hasta las reformas constitucionales de 2004, puesto que no estaban consagradas en dicho ordenamiento jurídico (1995 pp 54-66 y 2005 pp 467-481)

²⁵⁰ Con anterioridad, en Panamá, no existía en el ordenamiento jurídico, tanto a nivel constitucional como legal, norma alguna que regulara esta garantía encaminada a la protección del derecho de la intimidad, según Rigoberto Gonzalez Montenegro, quien sostuvo además que ciertas normas e interpretaciones del Pleno de la Corte Suprema de Justicia permitían su reconocimiento jurídico o su incorporación en nuestro sistema de protección de derechos constitucionales (1999 pp 34-44)

administración pública de los Municipios; eliminó la figura de un Vicepresidente, e institucionalizó la Asamblea Constituyente paralela, entre otros. A su parecer, estas reformas constituyen un avance plausible en la consolidación del Estado de Derecho, por lo cual no es partidario de una Asamblea Constituyente

En cuanto a la regla incorporada al texto del artículo 17 de la Constitución, Adán Arnulfo Arjona, sostuvo que se dio "un avance sustancial en nuestro ordenamiento constitucional, ya que se deja abierta la puerta para que también se le otorgue protección no sólo a los derechos y garantías que han recibido reconocimiento expreso en la Constitución, sino también a todos aquellos que puedan surgir en el futuro como producto de la evolución de los valores e ideas que según la época se consideren inherentes a la persona y dignidad humana. A través de este mecanismo, el Juez Constitucional panameño ya no queda limitado a una lista cerrada de derechos y garantías fundamentales, sino que puede mediante una interpretación constructiva ampliar y complementar la protección de otros nuevos derechos que puedan ir surgiendo de venideras circunstancias históricas y de los avances que puedan derivarse del pensamiento jurídico nacional y universal"²⁵¹

Ese cambio significativo en el fortalecimiento de las garantías básicas, según el citado autor " abre horizontes prometedores para un sistema de protección de derechos fundamentales mucho más fluido y eficaz, pues la jurisdicción constitucional panameña se encuentra ahora en mejores condiciones para acoger y dispensar protección a otros derechos que no aparecen listados expresamente en el texto de la Constitución como acontece en otras latitudes (vgr, derecho a la vida y a la salud, derecho a la tranquilidad,

²⁵¹ (2008 p 9)

derecho a la individualidad y libre desarrollo de la personalidad, derecho a la subsistencia, derecho a la protección de la imagen, derecho a recibir información veraz e imparcial, etc ²⁵².

También Jerónimo Mejía Edwards explica que "el segundo párrafo del artículo 17 constitucional, al ser una cláusula abierta, produce importantes efectos normativos, cuando reconoce la existencia de derechos fundamentales, fuera de la Constitución con efectos jurídicos vinculantes, la dignidad humana y los derechos fundamentales sirven de punto de conexión con tales derechos fundamentales, le otorga rango constitucional a los derechos humanos reconocidos en tratados y convenios internacionales vigentes en Panamá, permite la aplicación de principios de derecho internacional sobre derechos humanos y amplía el marco de protección de los derechos fundamentales o humanos, mediante la confirmación de un sistema de derechos fundamentales integrado por los derechos humanos internacionalmente reconocidos y los derechos fundamentales previstos en la Constitución, entre otros"²⁵³ Expresamente, dicho precepto reconoce efectos jurídicos vinculantes a los derechos fundamentales, teniendo los particulares la obligación de ajustar sus comportamientos y actos a las previsiones constitucionales

El precepto constitucional "las autoridades de la República están instituidas para proteger en su vida, honra y bienes a los nacionales donde quiera que se encuentren y a los extranjeros que estén bajo su jurisdicción; asegurar la efectividad de los derechos y deberes individuales y sociales, y cumplir y hacer cumplir la Constitución y la Ley" El segundo párrafo de dicho precepto establece que "los derechos y garantías que consagra

²⁵² (Ibid p 9)

²⁵³ (2012 p 238-239)

esta Constitución, deben considerarse como mínimos y no excluyentes de otros que incidan sobre los derechos fundamentales y la dignidad de la persona"

Así las cosas, el actual texto constitucional, adicionado con las reformas de 2004, al introducir el fundamento axiológico de dicho ordenamiento en su artículo 17, parece potenciar el establecimiento de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales, pues se abandona el carácter programático de las normas constitucionales y se prefiere su aplicación en todos los ámbitos jurídicos

En otras palabras, se puede decir que la teoría de los efectos frente a terceros de los derechos fundamentales, conocida desde sus orígenes con la frase alemana *Drittwirkung der Grundrechte*, en nuestro medio no goza de una clara recepción en el texto constitucional, pero con las últimas reformas se desprende su tenue incorporación al sistema normativo. Por consiguiente, los derechos fundamentales que se extienden a las relaciones jurídicas entre particulares, incluidas las relaciones laborales, vienen a convertirse en un imperativo que busca el buen funcionamiento y fortalecimiento del régimen democrático, siempre que sean reconocidos sin sesgos ni artificios en el plano nacional.

La última reforma al texto constitucional vigente, en nuestro medio, viene a significar un paso importante en el nuevo constitucionalismo social, lo que según Rolando Murgas Torrazza es "una continuación y profundización de los dos modelos precedentes"²⁵⁴ El primer constitucionalismo social, iniciado en *Querétaro* y *Weimar*, donde se produjo la tutela constitucional de los derechos laborales y el segundo denominado renovación del

²⁵⁴ (2013 pp 248-249)

constitucionalismo social, nacido tras la lucha contra el nazi-fascismo, el cual hizo surgir nuevos textos constitucionales, tanto en Europa como en América, contentivos de normas fundamentales protectoras del trabajo. Este tercer momento, de conservación y consolidación, identificado por este autor persigue la democratización en las relaciones laborales.

Pese a lo anterior, es oportuno recordar que dicho estatuto ha sido cuestionado no sólo por su origen autocrático y contenido antidemocrático, sino por los sesgados e insuficientes actos reformativos, por lo que se insiste en su completa derogatoria mediante una Asamblea Constituyente –derivada u originaria- encaminada a lograr la refundación de la República y la instauración de un verdadero Estado Constitucional de Derecho, con lo cual estoy absolutamente de acuerdo.

Al margen del reconocimiento constitucional de los derechos humanos (civiles y políticos o bien sociales, económicos y culturales), en nuestro medio fue acogida la tendencia de la internacionalización de los derechos fundamentales, siguiendo los modelos operados tanto en Europa como en otros países del continente latinoamericano. Esa ola de internacionalización tuvo su inicio a partir de la segunda guerra mundial en 1945, ante las profundas pérdidas y afectaciones que sufrió la humanidad debido a las conflagraciones que se dieron en el mundo occidental, influenciando e impactando todos los sistemas jurídicos.

Cuando son aprobados los tratados y convenios internacionales sobre derechos humanos, tanto en el plano universal como en el ámbito regional, se da una consolidación a nivel universal en la configuración jurídica de los derechos fundamentales, que alcanza a

nuestro país dado que la mayoría de esos instrumentos supranacionales han sido ratificados de conformidad con los procedimientos establecidos en los textos constitucionales respectivos. Basta recordar que el Tratado de Versalles, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y la Convención de Viena, representan instrumentos invaluable que se ratificaron mediante las Leyes 3 de 1920, 15 de 1977 y 17 de 1979, los cuales hacen parte del bloque de constitucionalidad conforme la jurisprudencia constitucional e integran nuestro ordenamiento jurídico.

Debo señalar que existen otros instrumentos internacionales que han sido ratificados por Panamá, como son los Convenios de la Organización Internacional del Trabajo, OIT, la Carta de la Organización de los Estados Americanos, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la Carta Internacional Americana de Garantías Sociales, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, entre otros.

La doctrina jurisprudencial que estima los derechos humanos como fuentes de derecho, considerando que ellos forman parte del sistema normativo del país, implica que pueden ser invocados y aplicados en casos concretos, cuando se den violaciones o infracciones de cualquier tipo. No obstante, Arturo Hoyos expuso un concepto limitado, cuando dijo que "únicamente podrían integrar ese bloque algunos derechos civiles y políticos fundamentales en nuestro Estado de Derecho"²⁵⁵. Por tanto, sostuvo el autor que no todas

²⁵⁵ (1993 p 104)

las normas internacionales forman parte del bloque de constitucionalidad, siendo una posición que distingue o diferencia parte del contenido de la orientación jurisprudencial que acogiera por primera vez esta doctrina europea (Cfr Sentencia de 30 de julio de 1990). Este punto resulta de vital importancia, ya que podría invocarse la aplicación de cierta normativa internacional, en materia de derechos individuales o colectivos, complementaria o no prevista en el ordenamiento interno, teniendo que ser observada o cumplida, en virtud de lo preceptuado en el artículo 4 constitucional y basado en la doctrina del Pleno de la Corte Suprema de Justicia

Se vino a establecer un interesante debate sobre la aplicación de los tratados y convenios internacionales en nuestro medio, pues un sector consideraba y considera que ellos tienen rango constitucional, mientras que otros le atribuyen a dicha normativa un valor jerárquico de Ley²⁵⁶ A esta polémica le puso fin el artículo 17 de la Constitución Política, confirmando su fuerza constitucional sin diferenciación alguna, tal como expresa Jerónimo Mejía Edwards, cuando precisa que " se reconoce jerarquía constitucional a los derechos humanos previstos en los tratados y convenios internacionales y se reafirma la obligación que tienen los operadores de justicia y demás autoridades del Estado de aplicar directamente las normas sobre derechos humanos por ser normas auto aplicativas (*self executing*), así como la obligación que tienen los particulares de ajustar su conducta a los preceptos de derechos humanos"²⁵⁷ Esta nueva corriente se puso de manifiesto en sentencia del Pleno de la Corte Suprema de Justicia, en adelante SPCSJ, expedida el 21 de agosto de 2008, dentro de un proceso de amparo de garantías

²⁵⁶ Vid , las breves notas que sobre este aspecto se presenta en mi ensayo sobre la "Eficacia de las normas internacionales de trabajo en Panama", publicadas en obra colectiva, la cual contiene el examen de otras cuestiones de Derecho Internacional del Trabajo (2012)

²⁵⁷ (Op Cit p242-245)

constitucionales donde se invocaba la aplicación de derechos humanos reconocidos en tratados internacionales lesionado por un acto que no tenía la connotación prevista en el artículo 54 constitucional, pues no se trataba de una orden de hacer o no hacer sino de un acto

Con este pronunciamiento la acción de amparo de garantías constitucionales no sólo procede contra órdenes de hacer o no hacer, sino contra todo tipo de acto que sea susceptible de violar o que efectivamente viole derechos fundamentales. El acto jurídico podrá ser expedido por cualquier servidor público, ejerciendo funciones administrativa o cuando ejerza actividades jurisdiccionales, el cual será sometido a escrutinio cuando sea atacado de lesivo a los derechos fundamentales. En ese caso, el amparo de garantías constitucionales se erige o convierte en una verdadera acción de tutela. Dicho fallo tiende a eliminar los obstáculos constitucionales y jurisprudenciales que impedían el libre ejercicio del amparo de derechos fundamentales.

El panorama descrito viene a representar el nuevo constitucionalismo social, denominado así por Rolando Murgas Torrazza, debido a "su relación con la protección del trabajo y con los derechos sociales como derechos humanos, diferenciándose de la primera era del constitucionalismo que devino después de la II Guerra Mundial, donde queda acentuada la inclusión de normas fundamentales directamente aplicables que implica su supremacía sobre la legislación ordinaria y la admisión de la labor interpretativa, integradora y creativa de los tribunales o cortes constitucionales"²⁵⁸.

²⁵⁸ (2013 pp 248-262)

Debe recordarse que tras el golpe militar de 1968, se instauró el gobierno de facto con sentido populista, bajo el comando de su máximo líder el general Omar Torrijos Herrera, trastocándose el orden constitucional de 1946, lo cual dio lugar a que el Consejo de Gabinete aprobara el Código de Trabajo de 1972, cuya vigencia se inició a partir del 2 de abril, actualizándose la regulación de las relaciones laborales en el territorio nacional. Dicha codificación laboral fue recogida en el Decreto de Gabinete No. 221/71 de 20 de diciembre siendo catalogado ese instrumento jurídico -el segundo Código de Trabajo del país, desde el punto de vista formal- como una concesión graciosa hecha por el desaparecido general Torrijos, lo cual implica que han sido ignoradas y soslayadas las históricas luchas obreras y la evolución jurídica nacional. Es sabido, que el mencionado Código está dividido en cinco libros, precedido de un título preliminar, los cuales se ocupan de las relaciones individuales, instituciones colectivas, riesgos profesionales, cuestiones procesales y disposiciones finales.

En cuanto al contenido de esa legislación laboral, entre nosotros, se ha sostenido que se dio un cambio radical con respecto a la normativa laboral derogada, puesto que se introdujeron figuras e instituciones novedosas que no estaban contempladas antes en el Código de 1947, tales como la protección especial de trabajadores, la regulación de contratos especiales de trabajo, la sindicalización obligatoria, la negociación y contratación colectiva, la formulación de diversos mecanismos y cauces procesales, entre otras²⁵⁹. Ese comentario lo hizo Vargas Velarde, en términos generales, al señalar que la

²⁵⁹ Sobre el particular, vid., Ricard, Humberto planteó que el nuevo régimen laboral se apartaba de los intereses de la clase capitalista que reinaba en la derogada legislación, la cual había soslayado la contratación colectiva y escamoteado el derecho de huelga, ambos medios de acción regulados con mucha claridad al igual que la estabilidad del trabajador en su empleo, los contratos especiales y las diversas clases de juicios especiales de trabajo (1973 p.141). Fábrega Ponce, Jorge puso de relieve en el plano individual la estabilidad en el empleo, la teoría de la relación de trabajo, normas dirigidas a impedir actos simulados o fraudulentos, supresión de

visión de la nueva legislación laboral estaba "más orientada hacia la especial protección del trabajador, la búsqueda de mecanismos estatales y sociales dirigidos a procurarle una existencia decorosa y la concreción de la justicia social"²⁶⁰

Con posterioridad, es promulgada la Constitución Política de 1972, cuyo capítulo 3º del título III enuncia como derechos fundamentales *específicos* los siguientes el trabajo como derecho y deber del individuo, salario mínimo, igualdad de salario, participación en las utilidades, protección de la mujer, derecho a jornada de ocho horas, descanso semanal y anual, nulidad de las estipulaciones que impliquen dejación de derechos del trabajador, enseñanza profesional gratuita, protección del trabajador nacional, derechos de sindicación y de huelga²⁶¹, estabilidad en el empleo, tutela especial a favor del trabajador, acceso a la jurisdicción especial de trabajo. Son los clásicos derechos sociales que fueron conquistados por el movimiento obrero durante la revolución industrial.

Dentro del texto constitucional vigente, en el capítulo 1º del mismo título, están consagrados como derechos fundamentales *inespecíficos*, la igualdad jurídica y prohibición a la discriminación, la libertad corporal, la inviolabilidad de domicilio y de correspondencia privada, libertad religiosa, libertad de pensamiento y expresión, libertad

agencia privadas de colocación, las modalidades de contratos especiales de trabajo, en el ámbito colectivo las medidas de protección al sindicalismo, sistemática regulación de la libertad sindical, cotización obligatoria del trabajador sindicalizado, normas sobre prácticas desleales, etc., y en el terreno procesal identificación de distintos tipos de procesos y cauces procesales, amplio régimen sobre pruebas, potestades del juez en la sustanciación de los procesos, supresión de formalidades, entre otras (1973 p 21). Y, mucho tiempo después, Torres De León, Vasco observa un retroceso en el contenido del Código de Trabajo de 1972, particularmente en los cambios introducidos en la reforma de 1995, que impuso medidas como la movilidad laboral, el trastocamiento del sistema de estabilidad laboral, la sustitución de beneficios en las convenciones, vinculada con el contenido necesario de los convenios colectivos de trabajo, hasta modificaciones importantes en las normas procesales, produciéndose una huida e individualización del Derecho del Trabajo (1998 pp 121-154).

²⁶⁰ (2007 p 104)

²⁶¹ Estos derechos colectivos integran la llamada libertad sindical, considerada el arma por antonomasia del movimiento obrero, siendo la negociación colectiva como su componente esencial el único derecho no constitucionalizado puesto que no aparece consagrada en ningún precepto constitucional de los ordenamientos que han regido la vida republicana, pero ello no ha sido obstáculo para su reconocimiento, como ya se dijo en publicaciones anteriores. Vid., mi ensayo sobre las bases socio-jurídicas que sustentan ese tripode sindical (2003 pp 19-21) y el estudio que analiza el control judicial del convenio colectivo como uno de los resultados de la negociación colectiva (2008 pp 28-29).

al trabajo, libertad de información, entre otros. Son derechos individuales o personales conforme el constituyente panameño, denominados derechos de primera generación, debido a que fueron reconocidos en las revoluciones burguesas o liberales, como fue anotado.

Aun cuando el Código de Trabajo, no haga mención expresa a este tipo de derechos, es decir, a los derechos carentes de titularidad singular, las escasas disposiciones laborales referidas a la dignidad del trabajador permiten señalar que ellos tienen cabida en este ámbito jurídico, particularmente en ciertos aspectos del contrato de trabajo. Por tanto, es posible afirmar que encuentran asidero dentro de la ley laboral panameña, los derechos fundamentales de titularidad genérica como la intimidad, no discriminación, la igualdad jurídica y de trato, entre otros, a pesar que no aparezcan regulados detalladamente como en otros ordenamientos jurídicos.

En cuanto a la igualdad de salario, Rolando Murgas Torrazza anota que esa aplicación del principio de igualdad y no discriminación de trato, concretamente " se encuentra reconocida en el artículo 10 del Código de Trabajo que identifica qué circunstancias implica trabajo igual en idénticas condiciones (puesto, antigüedad, jornada y eficiencia iguales) y, además, señala un concepto muy amplio de lo que, para tales efectos, debe entenderse como igual salario"²⁶². Se advierte que ciertos elementos van a determinar la igualdad del salario que todo trabajador deberá recibir o devengar por el trabajo realizado.

²⁶² (2010 pp 101-102)

Las disposiciones legales que aluden al respeto y a la persona del trabajador están contenidas en los numerales 6 y 24 del artículo 128 del Código de Trabajo, relativas a las obligaciones del empleador, cuando establece que aquellos deben "guardar a los trabajadores la debida consideración, absteniéndose de maltratos de palabra o de obra y de cometer en su contra actos que pudieran afectar su dignidad, " y "dar protección material a la persona y bienes del trabajador" Igualmente, al prohibirle a los empleadores "realizar actos de acoso sexual", en virtud de lo previsto en el numeral 15 del artículo 138 del mismo Código. Pese a ello, el citado Código no define el acoso sexual, por lo que debe acudirse a las elaboraciones doctrinales.

De conformidad con el segundo párrafo del artículo 2 del Código de Trabajo, los empleados públicos están sometidos a las normas de la carrera administrativa que constituye un régimen diferente, por lo que no es dable aplicarles las disposiciones contenidas en esa legislación de naturaleza social. Huelga anotar que la frase empleada en el Código es sustituida por el concepto servidores públicos, según el texto constitucional vigente, el cual será utilizado en esta investigación.

La Ley 9/94 de 20 de junio regula la carrera administrativa en Panamá, como es natural, estableciendo un sistema de méritos y profesionalización aplicable a los servidores públicos. Este instrumento sufrió modificaciones conforme las leyes 24/07 del 2 de julio, 14/08 de 28 de enero, y 43/09 de 30 de julio que propuso suspender hasta el 1 de agosto de 2012, el sistema de ingreso a la carrera administrativa, por razón de su abusiva ejecución. Con todo, entre nosotros se dijo que ella representó un significativo avance en

nuestro país²⁶³, a pesar de la dificultad que su ejecución ha tenido por las acciones de los gobiernos

A los efectos de esta exposición dicha legislación contempla la igualdad de trato y oportunidad de desarrollo económico, social y moral para todos los servidores públicos, sin discriminación alguna conforme el artículo 4 Los actos de acoso sexual y acoso laboral están prohibidos tanto a los servidores públicos como a la autoridad nominadora y al superior jerárquico de nivel administrativo directivo, expresamente, según lo dispuesto en el numeral 14 del artículo 140 y los numerales 10 y 14 del artículo 141, respectivamente Dentro de esa legislación tales términos se encuentran definidos en el artículo 2, así. "acoso sexual es el hostigamiento con motivaciones o contenidos sexuales, en forma física, verbal, gestual o por escrito, de un funcionario a otro, del mismo u otro sexo que ni expresa ni tácitamente lo hayan solicitado y que afecta el ambiente laboral", mientras que el "acoso laboral es el proceso sistemático de estigmatización de una persona, realizado por un superior jerárquico, por compañeros de trabajo o por ambos que, al tener una frecuencia elevada, puede llevarla a un retiro permanente del trabajo por incapacidad psicológica, afectando su salud física y mental" Así, quedan instituidos los derechos fundamentales de igualdad de trato e interdicción a la discriminación en el sector público

En la Autoridad del Canal de Panamá, creada mediante Ley 19/97 del 11 de julio se contempla un régimen laboral especial, previsto en el capítulo V, bajo la denominación

²⁶³ Vid. Los avances y retrocesos explicados por Ayala Montero, Carlos al ser desiertas las modificaciones insertadas (2009 pp 7-12) Desde el punto de vista formal, se observa el progreso y coherencia en las precisiones conceptuales que trae consigo la mencionada legislación que es extendida a otros ordenamientos como indica Araúz, Heriberto, aunque cuestiona la definición de servidor público porque no se ajusta a las clasificaciones y concepciones de la doctrina extranjera (2004 pp 58-70)

Administración de Personal y Relaciones Laborales, partiendo del artículo 81 Según esta disposición no es posible aplicar a las relaciones laborales en el Canal de Panamá, las normas del Código de Trabajo y del Código Administrativo, ni las normas legales o reglamentarias que establezcan salarios, bonificaciones, jurisdicciones o procedimientos, salvo que expresamente se disponga en la propia Ley 19/97

Junto con sus reglamentos conforman el marco jurídico aplicable a las relaciones laborales en la empresa de la vía acuática, donde tienen validez los derechos ciudadanos de los trabajadores, los cuales tienen su cimiento en el título XIV sobre El Canal de Panamá, incorporado en las reformas constitucionales de 1994-1995²⁶⁴ Los Acuerdos 18/99 de 1 de julio y 21/99 de 15 de julio, conocidos como RRL y RAP, reglamento de relaciones laborales y reglamento de administración de personal, respectivamente, constituyen el desarrollo y complemento de las disposiciones contenidas en la Ley Orgánica de la Autoridad del Canal de Panamá, (LOACP)

Dentro del contexto de las relaciones laborales regidas por ese régimen especial, se reconocen ciertos derechos fundamentales *inespecíficos* de los trabajadores, pues se identifican claramente la interdicción a la discriminación e igualdad de oportunidades -manifestación de la igualdad ante la Ley-, la libertad de expresión y la dignidad Esto significa que los empleados de la Autoridad del Canal de Panamá pueden ejercer sus derechos constitucionales en las relaciones laborales desarrolladas en ese ámbito jurídico

Efectivamente, la igualdad de oportunidades y la prohibición a la discriminación están previstos en el artículo 82 de la Ley 19/97. Ambos derechos se identifican en la dinámica

²⁶⁴ Los preceptos pertinentes comienzan en el artículo 315 hasta el artículo 323 de la Constitución Política de la República de Panamá

del reclutamiento y selección de personal en la ACP, debiendo ponerse de manifiesto dentro de los programas y mecanismos concretos, con la finalidad de asegurar la disponibilidad del personal. Están prohibidos los actos de discriminación basados en el sexo, raza, edad, religión, estado civil, ideología política o impedimento físico, al igual que las prácticas de acoso sexual. También los actos de discriminación son considerados prácticas laborales desleales, ya sea que provengan de la Administración, los sindicatos o representantes exclusivos, según los artículos 108, 109 y 110 de la mencionada Ley.

Asimismo, y de modo coherente en la Autoridad del Canal de Panamá, el reglamento de relaciones laborales, contenido dentro del capítulo VIII del Acuerdo No 18/99, reguló las prácticas laborales desleales, estableciendo los supuestos de discriminación atribuidos a la Administración, dentro del numeral 4 del artículo 84, las hipótesis que configuran dichas conductas aplicables a la Organización Sindical están contempladas en el numeral 4 del artículo 85, y, aquellos supuestos de discriminación imputados a los Representantes Exclusivos aparecen establecidos en el artículo 86. Por su parte, el reglamento de administración de personal, contemplado en el Acuerdo 21/99, define como discriminación "toda acción, omisión o decisión relacionada con las condiciones de empleo que limite, segregue o clasifique adversamente a un empleado o aspirante a puestos en la Autoridad por razón de sexo, raza, edad, religión, estado civil, ideología política o discapacidad física o mental" y entiende por acoso sexual "una acción o patrón deliberado de avances sexuales, no solicitado, y cualquier otra conducta física, verbal o gestual o por escrito de naturaleza sexual que es desagradable a la persona a quien se le dirige, ya sea que provenga de una persona del mismo sexo o del sexo opuesto".

Las prácticas laborales desleales, conocidas por sus siglas PLD, pueden ser tramitadas por dos vías distintas, a saber: el procedimiento negociado de quejas o el procedimiento de denuncia, previsto en el Acuerdo No. 2 del 29 de febrero de 2000, teniendo este último que surtirse ante la Junta de Relaciones Laborales. Este organismo independiente tiene delimitada sus competencias en el artículo 113 de la Ley 19/97, entre las cuales se listan la de decidir denuncias de prácticas laborales desleales originadas en actos discriminatorios, obviamente. Las decisiones de la JRL son recurribles ante la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, cuando sean contrarias a esta Ley, según el artículo 114 de la legislación orgánica de la ACP²⁶⁵

El procedimiento de denuncia por prácticas laborales desleales, siempre serán sometidos a la tramitación instituida en el Acuerdo No. 2/00, y se surtirán ante la JRL, a diferencia de las quejas que serán resueltas mediante el procedimiento negociado, contemplado en las respectivas convenciones colectivas, por lo que los reclamos de queja nunca serán ventilados ante la Junta de Relaciones Laborales, ya que este organismo no tiene competencia para conocerlos ni decidirlos. El procedimiento negociado de queja podría derivar en arbitraje, lo que no ocurre con los asuntos sometidos a la Junta de Relaciones Laborales. Interesa anotar que el laudo arbitral es susceptible de ser impugnado ante la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, en virtud de lo dispuesto en el artículo 107 de la Ley 19/97, esto es, cuando esa decisión esté basada en una interpretación errónea de la Ley o los reglamentos, cuando ocurra parcialidad manifiesta del árbitro o cuando se dé

²⁶⁵ Vid. El detallado estudio de Torres De León, Vasco sobre el marco jurídico de las relaciones laborales en el Canal de Panamá (2007 pp 11-59), y la exposición de Centella Gonzalez, Margarita donde se comenta—por vez primera— el régimen especial aplicable a los trabajadores del Canal de Panamá (2002 pp 57-88)

algún incumplimiento del debido proceso durante el desarrollo del arbitraje. En tanto, las decisiones de la JRL sólo son apelables cuando ellas sean contrarias a la Ley.

Otro instrumento jurídico que protege derechos ciudadanos de trabajadores, sin duda, es la Ley 42/99 de 27 de agosto que regula la equiparación de oportunidades para las personas con discapacidad, destinando un capítulo entero al trabajo exclusivamente, mientras que los otros capítulos están referidos al acceso a la salud, habilitación y rehabilitación integral, a la educación, a la cultura, deporte e información a la comunicación, al entorno físico y medios de transporte, inclusive al procedimiento penal cuando hubiere lugar a un juzgamiento ante la comisión de un delito. Se establecen sanciones administrativas para los actos de discriminación hacia personas con discapacidad que van de cincuenta balboas hasta mil balboas, en caso que fuera la primera vez, y hasta cinco mil balboas en caso de reincidencia, sin perjuicio de las sanciones civiles y penales correspondientes. El capítulo que alude al trabajo está compuesto por siete artículos (arts 41 a 47), reglamentados en el Decreto Ejecutivo 88/02 de 12 de noviembre, donde se atribuye competencia a la Dirección General de Empleo del Ministerio de Trabajo y Desarrollo Laboral para que fiscalice el cumplimiento de dicha normativa.

En nuestro país, hace algún tiempo fue aprobada otra legislación que tutela derechos de la persona del trabajador, como es la Ley 3/00 del 5 de enero, la cual establece un régimen especial para las personas afectadas con el virus inmunodeficiencia humana, conocido por las siglas VIH, o que padezcan del SIDA, inclusive que padezcan de infecciones de transmisión sexual. De acuerdo con dicha ley se prohíbe todo acto encaminado a

discriminar, estigmatizar o segregar, a cualquier persona enferma o portadora de virus de transmisión sexual o virus de inmunodeficiencia humana, alcanzando dicha protección a los parentes y allegados. Además están prohibidas las restricciones a los derechos y libertades de las personas protegidas con dicha legislación.

También aparece protegida la intimidad o privacidad y confidencialidad de la persona enferma o portadora de infección de transmisión sexual o del virus de inmunodeficiencia humana, según el artículo 34, donde se regula que nadie puede pública ni privadamente divulgar ni hacer referencia a los padecimientos de la persona protegida, sin su consentimiento, excepto para los cónyuges, compañeros o compañeras de actividad sexual o para los representantes legales de los menores. No obstante, se impone a la persona portadora de la enfermedad o virus el deber de comunicar su situación a sus contactos o personas de riesgo de contagio, en caso de incumplimiento le corresponderá a la autoridad de salud la responsabilidad de notificarlo.

La persona afectada tiene derecho a obtener tratamiento médico, adecuado e inmediato, de acuerdo a los parámetros establecidos para su efectividad, teniendo que aplicarse también las medidas preventivas para reducir, al mínimo, el contagio y el riesgo de infección a las personas expuestas en el entorno laboral, incluyendo la obligatoriedad de hacerse periódicamente las pruebas de infecciones de transmisión sexual y de virus de inmunodeficiencia humana. Toda infección de transmisión sexual o la adquirida con el virus de inmunodeficiencia humana es considerada una enfermedad profesional u ocupacional, siempre que haya sido comprobada con los métodos aceptados internacionalmente, según el artículo 36.

Asimismo, queda establecida la prohibición de discriminación laboral contra cualquier persona afectada con esa enfermedad, extendiéndose la previsión a las medidas de terminación, pues esa condición no puede utilizarse como motivo o causal de despido. Tampoco pueden ser requeridos dictámenes y certificaciones médicas sobre dicha condición para la obtención o conservación de un empleo o puesto laboral. Finalmente, se tiene prevista una interdicción basada en la intimidad, cuando se establece que el trabajador no está obligado a informar a su empleador o a sus compañeros de trabajo acerca de su estado de infección con el virus de inmunodeficiencia humana, excepto cuando sea necesario que se le cambien las condiciones de trabajo, buscando el mejor desempeño de sus labores o funciones, y deberá guardarse la confidencialidad del caso.

En términos generales, la discriminación laboral está prohibida en Panamá, según la Ley 11/05 de 22 de abril que impone sanciones económicas que oscilan entre quinientos hasta mil balboas para todo aquel que realice cualquier acto que contravenga las disposiciones legales previstas, incluyendo la publicación, difusión o transmisión, por cualquier medio de ofertas de empleo remunerados que exija una determinada edad a la persona que va a contratar, siendo el Ministerio de Trabajo y Desarrollo Laboral, MITRADEL, la entidad de velar por el estricto cumplimiento de esas disposiciones, cuyas actuaciones pueden ser originadas de oficio o mediante denuncias de las personas afectadas con el acto de discriminación. Dicha ley contiene cinco artículos y no se ha respetado su contenido, puesto que existen portales electrónicos que ofertan empleos de empresas específicas que requieren trabajadores con cierta edad y no conozco de sanciones impuestas frente a tales violaciones legales. Por tanto, su aplicación práctica ha sido poco efectiva, desde una

perspectiva objetiva, indicando ello que se trata de un tema cultural, alejado de la configuración legal, el cual incide en la tolerancia y convivencia en sociedad.

Por su parte, la Ley 59/05 de 28 de diciembre establece normas de protección laboral para las personas con enfermedades crónicas, involutivas y/o degenerativas que produzcan discapacidad laboral, advirtiéndose que se trata de otras causas o factores que pueden conducir a un proceso de discriminación en el empleo o dentro de las relaciones laborales. Se tiene previsto que todo trabajador que se le detecte una enfermedad crónica, involutiva o degenerativa, tiene derecho a conservar su puesto de trabajo en iguales condiciones a las que tenía antes del diagnóstico. Ello supone una especie de estabilidad en el empleo habida cuenta que los trabajadores, sean del sector privado o público, no podrá ser despidos por tales motivos, mientras cuenten con los requisitos para mantenerse en el puesto o cargo y conserven las aptitudes, destrezas, preparación, fuerza y condiciones requeridas. Por tanto, gozan de protección o fuero especial y no pueden ser objeto de discriminación ni de presión o persecución por tales motivos o razones, considerándose cualquier medida adoptada en ese sentido como injustificada y contraria a la Ley

En cuanto al procedimiento a seguir se tiene previsto que deberá acudirse a los Juzgados Seccionales de Trabajo o a la Junta de Apelación y Conciliación de Carrera Administrativa, según se trate de despido de trabajadores o funcionarios adscritos a la carrera administrativa respectivamente, conforme los trámites legales ya establecidos, cuando por medio del despido se produzcan infracciones o violaciones de esta Ley. Cuando se trate de servidores públicos que no estén protegidos o amparados por la

carrera administrativa se solicitará su reintegro por la vía ordinaria, mientras que los servidores públicos sujetos a regímenes especiales harán su solicitud en atención a la legislación especial vigente. Igualmente, se observa que no existe una tutela especial para la defensa de los derechos fundamentales de los trabajadores, cuando resulten lesionados con actos y medidas distintas del despido.

Con relación al trabajo de la gente de mar, recientemente, se adoptó una novedosa normativa con la Ley 3/09 del 6 de enero, contentiva del Convenio sobre el Trabajo Marítimo, aprobado el 23 de febrero de 2006 por la 94a Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo, OIT, cuya vigencia se inició el 20 de agosto de 2013. La doctrina nacional²⁶⁶ entiende que este tipo de ordenamiento jurídico ha tenido denominaciones diversas y surgió ante determinadas circunstancias, identificándose entre ellas las necesidades internacionales y las presiones de los sectores involucrados en la actividad marítima. Obviamente, se trata de una regulación especialísima, ya que se aplica a los trabajadores cuya prestación de servicio se desarrolla en el mar o que se cumple a bordo de un buque o embarcación. Esta legislación condensa en un texto único toda la normativa internacional dictada en el ámbito laboral marítimo, representando un esfuerzo loable que procura la modernización de las relaciones laborales de la gente de mar y que promueven el respeto de los derechos fundamentales de los trabajadores.

²⁶⁶ Vid. Lachman Varela, Ricardo estimó que la regulación del trabajo marítimo refleja la parte especializada del Derecho Laboral (2000 pp 117-118). Torres De León, Vasco consideró que la legislación laboral marítima de Panamá surgió por la prestación profesional de servicios en una embarcación de mar o por la categoría profesional del trabajador, elemento determinante de la naturaleza especial del vínculo regido por dicho régimen, al igual que las condiciones objetivas en las que el trabajo se presta (1998 pp 16-20). Y, recientemente, Will Guerrero, Roberto sostuvo que la regulación de ese tipo de labor o prestación tiene como punto de partida la actividad que se desarrolla en los buques, siendo utilizada en algunas latitudes la expresión Derecho de los Trabajadores de los Buques, aunque se inclina por la denominación Derecho Laboral Marítimo dado que la relación de trabajo se lleva a cabo durante y dentro del marco de la navegación en el mar como regla general (2004 p 10).

Ese instrumento legal es reglamentado por el Decreto Ejecutivo 86/13 del 22 de febrero, cuya filosofía está referida al trabajo decente y respeto a la dignidad humana, la cual aparece esparcida en los ocho títulos de su contenido. La reglamentación allí formulada se ajusta a las diversas situaciones que se están presentando en la industria marítima, corrigiendo ciertas omisiones y desaciertos de las regulaciones pasadas, como se aprecia en el conjunto de las disposiciones aplicables a la gente de mar. Este reglamento establece que toda persona contratada o que trabaje en cualquier puesto a bordo de un buque está sometido a sus disposiciones, excepto los pilotos de puertos, los trabajadores portuarios, inspectores de buques, superintendentes, los trabajadores sujetos al régimen laboral de la ACP, y el personal técnico de plataformas de perforación mar adentro, conocido por las siglas MODU.

El resto de las normas reglamentarias se ocupan de los requisitos que son exigidos para el trabajo a bordo de buques, a las condiciones de empleo, a las condiciones del alojamiento, a la protección de la salud y bienestar social, al control de aplicación y procedimiento de quejas, así como a las sanciones que pueden ser impuestas por razón de las faltas cometidas por las personas que laboran a bordo de buques de bandera panameña. El campo de aplicación y cobertura jurídica de este reglamento vino a modernizar el régimen aplicable a las relaciones laborales marítimas, obviamente. Se trata de una avanzada ordenanza que se ajusta a los principios de la OIT.

La legislación que contiene el convenio refundido sobre el trabajo marítimo, como es sabido, complementa el Decreto Ley 8/98 de 26 de febrero que regula el trabajo en el mar y vías navegables, reformado con la Ley 41/13 del 14 de junio, después de prolijado el

Convenio de la OIT Ese instrumento jurídico no ha perdido su vigencia, pese a las adiciones y reformas hechas a ciertas disposiciones, rigiendo entonces mientras no entre en conflicto con el texto refundido En la normativa especial se dispuso que las actividades desarrolladas en las naves que se dediquen al servicio internacional, al servicio interior, a la explotación de recursos vivos y no vivos y otras actividades en las vías navegables, quedarían reguladas por ese régimen y ya no estarían regidas por el Código de Trabajo de 1972 (artículos 251 a 278)

Se observa que el referido Decreto Ley 8/98, desde una perspectiva sistemática, tiene una serie de disposiciones generales y reglamentaciones específicas para la Tripulación de las Naves, Colocación de la Gente de Mar, Contrato de Enrolamiento (origen de la relación laboral entre naviero y tripulante), Alojamiento y Alimentación del Trabajo a Bordo (reglas sobre las jornadas de trabajo, jornadas extraordinarias, descansos y resolución de conflictos colectivos), Obligaciones del Armador en caso de Enfermedad o Accidente, Naves de Pesca y de Servicio Interior, Prevención de los Accidentes de Trabajo de la Gente de Mar, Normas Procesales, Normas de Derecho Internacional Privado Marítimo Laboral, y Normas Generales sobre el Patronato Nacional para la Educación Náutica

Concretamente, ese ordenamiento rige todas las relaciones laborales que se desarrollen en naves de la marina mercante panameña, pero no se aplica a los estibadores ni a los empleados portuarios²⁶⁷, ni a los operadores de lancha de agencias navieras que se

²⁶⁷ El trabajo portuario fue regulado mediante la Ley 34/79, de 26 de septiembre que regía en empresas privadas y públicas que operaron en los puertos de Balboa y Cristóbal, y estaba compuesta por cincuenta y dos (52) artículos. Contenía normas especiales sobre jornada de trabajo, trabajo en horas extras, descansos y días compensatorios, asignación de cuadrillas entre otras cuestiones. Dicha legislación tuvo vigencia hasta cuando fueron privatizadas las actividades en ambas terminales portuarias en el año de 1997.

dedican al avituallamiento, ni a los Pilotos y Capitanes u Oficiales de Remolcadores de la Autoridad del Canal de Panamá; ni a los cadetes o estudiantes que terminan su formación profesional, bajo la coordinación o supervisión de escuelas náuticas o instituciones oficiales o particulares, debidamente aprobadas por la Autoridad Marítima Nacional, AMP. Se observa que el ámbito de aplicación de la ley laboral marítima está determinado por el registro o pabellón del buque, lugar donde se presta el servicio, siendo esa actividad parte importante de la industria marítima. No toma en cuenta la condición personal ni preparación académica del marino, lo cual sí incide en la contratación y remuneración, pues ello implica valorar la experiencia y ejecutoria.

Sobre ese particular, Vasco Torres De León, expuso que existen "dos supuestos que han tenido poca o ninguna previsión en el artículo que precisa el ámbito de aplicación y exclusión de la legislación, -los cuales deben ser considerados por su creciente importancia- como son el supuesto de los trabajadores en plataformas marítimas y el relativo a la aplicación de las normas internacionales de forma directa por el juez y aun en contra de disposiciones legales internas"²⁶⁸. El primer supuesto, los trabajadores de plataformas marítimas –construcciones marítimas para el aprovechamiento de recursos carburantes o marinos- ha sido ligeramente tratado en el artículo 3c, asimilándose este tipo de construcciones a un buque. Ellas pueden ser móviles o fijas, con mayor o menor complejidad, o situadas dentro de plataforma continental o fuera de ésta. El segundo

durante el gobierno de Ernesto Pérez Balladares, una vez fue aprobada la Ley 5/97 del 16 de enero que contiene el contrato entre el Estado y Panamá Ports Company, S.A., donde se permite que la esta última continúe con el desarrollo, construcción, operación, administración y dirección de las terminales portuarias de contenedores, ro-ro, de pasajeros, carga a granel y carga general en los referidos puertos. En la actualidad, el trabajo portuario es regulado por el Código de Trabajo vigente, al ser derogada la legislación especial, lo cual se produjo con la expedición de la Ley 60/12 del 4 de octubre que dispuso que los trabajadores portuarios se regirían por el Código de Trabajo y demás normas complementarias y reglamentarias.

²⁶⁸ (1998 p. 20)

supuesto, sobre la aplicación de las normas internacionales en el ordenamiento jurídico nacional, viene precedido por el artículo 4 constitucional.

Volviendo al punto central de esta parte de la investigación, consistente en examinar la configuración jurídica que tienen ciertos derechos inherentes a la persona en las relaciones laborales, se advierte que uno de los derechos fundamentales *mespecíficos* previsto en ese Decreto-Ley es la prohibición de la discriminación por razón de credo, raza o afiliación política, según el artículo 26, identificándose otras circunstancias o motivos como la condición sexual, social o de nacimiento de la persona, inclusive La interdicción contemplada está íntimamente vinculada con la igualdad de trato, reflejada en el artículo 5, cuando se establece la igualdad de salario

Finalmente, debe recordarse que el Pleno de la Corte Suprema de Justicia dispuso que "*la existencia de la legislación especial que regula las relaciones laborales marítimas no afecta el principio de igualdad ante la Ley*", conforme la sentencia del 2 de octubre de 2006, donde fue declarada la inconstitucionalidad de ciertos artículos censurados por el Consejo Nacional de Trabajadores Organizados, en lo sucesivo CONATO, en su demanda de inconstitucionalidad presentada el día 12 de marzo de 2001 La acción incoada estuvo basada en la violación de derechos fundamentales de los trabajadores de naturaleza *específica* como son la libertad sindical en su concepción amplia, igualdad ante la Ley e interdicción, libertad de trabajo, entre otros También se hizo alusión a las fuentes de derecho dentro del régimen del trabajo en el mar, identificándose claramente los usos y costumbres propios de la actividad entre navieros o armadores y los trabajadores pesqueros

3 2. *Regulación insuficiente de la tutela procesal de los derechos fundamentales en las normas laborales y en el texto constitucional*

Como se dijo ya, el ordenamiento laboral de 1947, regulaba en forma amplia todo lo relativo a las relaciones individuales de trabajo y se ocupaba de ciertos aspectos de las relaciones colectivas, dejando por fuera los asuntos procesales a pesar de haberse desarrollado la jurisdicción de trabajo creada en la Constitución de 1946. La legislación laboral derogada no contenía regulación sobre asuntos procesales, como bien apunta el Humberto Ricord, al destacar esa deficiencia cuando escribió " que salvo el procedimiento especial para el juicio por riesgos profesionales y las pautas absurdas sobre trámite de huelga, el Código sometió todas las formas de litigios obrero-patronales a un solo régimen, a un solo tipo de juicio, que puede calificarse de juicio laboral ordinario, lo cual resultaba sumamente inadecuado para el deslinde jurisdiccional de las controversias entre patronos y trabajadores"²⁶⁹ Cabe anotar que esa jurisdicción especializada es una de las instituciones que mantuvo el Código de Trabajo vigente²⁷⁰

3 2 1 *Ausencia de cauce procesal privilegiado en la normativa laboral*

Es sabido que el Código de Trabajo de 1972 introdujo figuras e instituciones novedosas, tanto en el plano individual²⁷¹ y colectivo²⁷² como en el campo procesal²⁷³, siendo de

²⁶⁹ (1973 P 140)

²⁷⁰ Mediante el Decreto de Gabinete 252/71 del 30 de diciembre, se aprueba el actual Código de Trabajo, compuesto por un título preliminar que recoge los principios generales, y cinco libros donde el primero versa sobre relaciones individuales, el segundo trata los riesgos profesionales, el tercero está referido a las relaciones colectivas, el cuarto contiene las normas procesales y el quinto las disposiciones finales. Este cuerpo legal introdujo novedosas figuras e instituciones, tanto en la órbita individual y colectiva como en la esfera procesal, nunca antes vista en nuestro medio.

²⁷¹ Se contemplaron instituciones como la estabilidad en el empleo, la teoría de la relación de trabajo, los contratos especiales de trabajo, la simulación y fraude de la ley laboral, el régimen de responsabilidad solidaria, entre otras.

²⁷² Con sentido amplio fue regulada la libertad sindical y sus necesarios componentes (sindicación, negociación colectiva y huelga), las prácticas antisindicales, las medidas de protección al sindicalismo, el arbitraje laboral, etc.

interés en la última esfera sólo la tipología de procesos que pueden ser activados en la jurisdicción laboral. Entre los variados procesos establecidos pueden mencionarse el proceso común, el proceso de reintegro, el proceso de nulidad, el proceso abreviado y el proceso ejecutivo. Con acierto indiscutible, Jorge Fábrega Ponce destaca que esos procesos " se establecieron con la finalidad de hacer efectivos los derechos reconocidos en las disposiciones materiales"²⁷⁴. También se regularon cauces procesales encaminados a la ejecución judicial de los créditos laborales, tales como el trámite de ejecución de sentencias y el procedimiento complementario de ejecución, los cuales no son procesos propiamente, y fue establecido con reglas concisas el procedimiento de juzgamiento de faltas que surge ante la violación de la normativa laboral. También se vino a instituir el recurso de casación laboral²⁷⁵ y la consulta fuera de los recursos de reconsideración y apelación.

En efecto, el proceso común es regulado en el capítulo I, título X del libro IV del Código de Trabajo del 72, a partir del artículo 956 hasta el artículo 977, dividido en dos secciones que aluden a la primera y segunda instancia. Se trata del proceso de conocimiento por excelencia encaminado a resolver los conflictos entre las partes de la relación laboral que no tengan diseñado en la Ley un procedimiento específico. Este proceso debe concluir con el fallo o decisión judicial, salvo que se presente cualquier otra forma de terminación como desistimiento, allanamiento a la pretensión, caducidad de instancia o la llamada "transacción" que no aparece reconocida en el Código de Trabajo. El Código evita usar la

²⁷³ Se consagraron las presunciones legales, un sistema abierto de pruebas y reglas para su valoración por medio de sana crítica, amplias facultades de sustanciación y dirección del proceso, y un adecuado régimen sobre casación laboral junto a otros medios de impugnación, entre otras cosas.

²⁷⁴ (1982, pp 275-285)

²⁷⁵ Vid., los controvertidos aspectos de la casación laboral en Panamá, explicados detalladamente, en mi obra *Particularidades de la Jurisdicción Laboral Panameña*, Editorial Portobelo, Panamá, 2012. También puede consultarse el estudio aparecido en la *Revista Panameña de Jurisprudencia y Doctrina Laboral*, No. 2, Editorial Papeles Laborales, Panamá, 1997.

expresión dicha expresión con el objeto de diferenciarse de aquella figura que sí, aparece contemplada en el Código Civil, donde reina el principio de la autonomía de la voluntad. No significa ello que no pueda haber arreglos entre las partes en materia laboral, ya sea directos o en la conciliación judicial, quedando ambas sujetas a la aprobación del tribunal y que una vez ocurrido ello producen los efectos de cosa juzgada.

La tramitación de ese proceso es bastante sencilla, aunque Jorge Federico Lee señala que "hay un gran ausente en el proceso común de trabajo, *el alegato*, puesto que el Código de Trabajo no alude por ninguna parte a esa etapa procesal, dando lugar a que, en los procesos que se ventilan ante los juzgados seccionales de trabajo, la audiencia concluya al terminar la recepción de testimonios, sin que las partes puedan decir nada más ni oralmente ni por escrito"²⁷⁶

El proceso de reintegro aparece regulado en el capítulo II, título X, del libro IV del Código de Trabajo vigente, artículos 978 a 983, concebido para contrarrestar los despidos de los trabajadores amparados con fuero, sea sindical, electoral, maternidad, de negociación, arbitraje y huelga. Originalmente, dicho proceso se ventilaba ante los Juzgados Seccionales de Trabajo, cuando se presentaba la solicitud acompañada de los documentos que aluden a la existencia del fuero, la certificación de ausencia de autorización judicial previa y la prueba indiciaria de la relación laboral. La tramitación de este tipo de procesos se daba ante esa única autoridad judicial.

No obstante, a raíz de las reformas introducidas por la Ley 44/95 de 12 de agosto, la competencia de los casos de violación del fuero sindical fue asignada a las autoridades

²⁷⁶ (1997 pp 121-123)

administrativas de trabajo, específicamente a la Dirección General de Trabajo, entidad del Ministerio de Trabajo y Desarrollo Laboral, aportando el trabajador con su solicitud de reintegro prueba indiciaria de la relación laboral. Según la subrogada disposición los Juzgados Seccionales de Trabajo, carecen de competencia para decidir los procesos de reintegro por las violaciones del fuero sindical, puesto que esa facultad fue asignada a las autoridades administrativas de trabajo.

Entre nosotros se discute si las solicitudes de reintegro por violación de fueros de maternidad, negociación colectiva, electoral y por desmejoramiento de fuero sindical como consecuencia de la alteración de las condiciones de trabajo, de denuncia o por enfermedad (crónica, involutiva y/o degenerativa que produzca discapacidad laboral parcial), requieren o no la demostración de la existencia del fuero y la constancia de la autorización judicial. Unos estiman que la reforma introducida opera para todos los casos de violación de fueros laborales, por lo tanto, no es necesaria la presentación de esas exigencias; en cambio, otros consideran que la modificación estuvo dirigida exclusivamente a los casos de violación de fuero sindical, por lo que el resto de las solicitudes de reintegro deben cumplir con el lleno de esos requerimientos.

En cuanto al órgano competente para conocer del proceso de reintegro por violación de fuero sindical, Margarita Centella González señala que " lo es la Dirección General o Regional de Trabajo, y en caso de despido sin mediar formalidades legales respectiva, por expresa disposición del artículo 978 del Código de Trabajo. Las demás situaciones donde opere el reintegro, serán conocidas por los Juzgados Seccionales de Trabajo. No obstante, hay quienes afirman que la competencia para conocer del proceso de reintegro

la posee privativamente la Dirección General o Regional de Trabajo, por haberse contemplado esa facultad en el artículo 979 del Código"²⁷⁷. Con respecto a la impugnación del mandamiento de reintegro, Orlando Tovares cuestiona ". si ello debe hacerse ante los Juzgados Seccionales de Trabajo directamente o si debe acudirse a la autoridad administrativa de trabajo, cuando se trate de violación del fuero sindical obviamente, para que esta luego sea remitida a la autoridad judicial siempre que se haya promovido en tiempo oportuno"²⁷⁸. Se trataba de un proceso rápido y efectivo cuya tramitación no generaba complicaciones al momento de ser puesto en marcha hasta que se produjo su modificación con la Ley 44/95, por lo que se ha dicho con razón que después de esas reformas el proceso de reintegro por violación del fuero sindical, al parecer de Martín González Barría, se ha convertido en un "trámite lento y engorrioso dado que lo somete a los vaivenes de la política y genera dificultades o inconsistencias, cuando la orden de reintegro no es acatada, fuera de otorgarles más funciones judiciales a las autoridades administrativas de trabajo"²⁷⁹

Así, después de la reforma de 1995, el proceso de reintegro se ventila ante dos instancias distintas, las autoridades administrativas –cuando se trata de fuero sindical- y las autoridades judiciales –cuando se trata del resto de los casos de violación de los fueros laborales-, pero mantiene su condición de antesala a la impugnación de la orden de reintegro que se tramita por la vía de proceso abreviado Este proceso laboral opera cuando se viola el fuero de denuncia, incorporado por la Ley 51/05 de 27 de diciembre, pese a que el artículo 228-A no disponga como dónde ni cómo debe ser tramitada la

²⁷⁷ (Op Cit pp-67-68)

²⁷⁸ (2004 pp 205-217)

²⁷⁹ (2005 pp 133-139)

solicitud de reintegro ante el desconocimiento de la protección introducida en régimen laboral ²⁸⁰ A mi juicio, este proceso de conocimiento también puede ser activado ante el abusivo ejercicio de la movilidad de una trabajadora con fuero de maternidad, haciendo una interpretación extensiva de esa normativa, tramitándose ante las autoridades judiciales y dejando de lado el cerrado criterio que dispuso la procedencia de este proceso sólo cuando haya ocurrido el despido, máxime que la Ley 44/95 no dispuso mecanismo procesal alguno para la defensa de los derechos laborales que pudiesen ser desconocidos o violados con la llamada movilidad laboral

El proceso de nulidad está instituido dentro del libro IV, título X, capítulo III del Código de Trabajo, partiendo del artículo 984 hasta el artículo 990, autorizando su desarrollo sólo dentro de la jurisdicción laboral. Es el único mecanismo que puede ser utilizado para desconocer la inmutabilidad de la cosa juzgada. Su inclusión en el ordenamiento procesal laboral de 1972, sin lugar a dudas, vino a constituir una innovación sin precedentes en el derecho panameño, ya que nunca antes se había establecido en nuestro sistema jurídico un proceso con esta terminología y fisonomía. Una indebida aplicación de este mecanismo procesal suele presentarse en la práctica, tal como hemos explicado en otro lugar²⁸¹

Se advierten ciertas deficiencias al proceso de nulidad derivadas de la propia configuración jurídica. El primer inconveniente aparece con el limitado campo de

²⁸⁰ Vid., las anotaciones sobre la "Transición procesal de los fueros laborales" Revista Trabajo y Seguridad Social, No.1, Academia Panameña de Derecho del Trabajo, Panamá, 2009, pp 63-77

²⁸¹ Vid., la síntesis de mi estudio "El Proceso de Nulidad configuración y deficiencias", 30 años de vigencia del Código de Trabajo, edición conmemorativa, Academia Panameña de Derecho del Trabajo, Panamá, 2002, pp 285-292. La versión completa también puede consultarse "El proceso de nulidad en el Código de Trabajo", Revista Lex No. 5, 1994, p 129

aplicación contemplado en el ordenamiento legal, quedando excluidos otros supuestos que pudieran ser considerados como causas que permitirían el nacimiento del proceso de nulidad, entre ellos por ejemplo cuando la sentencia se haya obtenido de forma fraudulenta, mediante pruebas que fueron declaradas falsas posteriormente o cuando la sentencia ignora o no toma en cuenta medios de prueba que permanecieron ocultos y que aparecieron después de la etapa probatoria. En segundo lugar, la dificultad para tramitarlo de manera rápida, lo cual es reflejo de la ausencia de reglas especiales. Por ello, se ha propuesto la adopción de un procedimiento de carácter sumarísimo. Finalmente, resulta desventajoso que un órgano similar a la autoridad que dictó el fallo atacado por esta vía sea el que determine si aquel es o no válido. Por consiguiente, soy de la opinión que dicho proceso debe ser conocido y decidido por un órgano supremo dado que lo examinado es si puede o no seguir surtiendo sus efectos y brindando seguridad jurídica un fallo emitido mediando un error judicial.

El proceso abreviado está regulado en el artículo 991 del Código de Trabajo, disposición perteneciente al Capítulo IV del Título X del Libro IV. En esa sola norma se establecen las reglas aplicables a dicho proceso sumario, como también es calificado por el propio legislador, o mejor dicho se contempla todo el procedimiento que debe ser aplicado a los asuntos determinados por la Ley.

Se someten a la tramitación de estos procesos asuntos como la autorización judicial para despedir a trabajadores aforados, la impugnación del mandamiento u orden de reintegro, la sanciones o disoluciones de las organizaciones sociales, la impugnación de los actos de

los sindicatos, la imputabilidad de las huelgas, las excepciones propuestas dentro de los procesos ejecutivos, la nulidad de los laudos arbitrales, la fijación de nuevos salarios cuando se haya desconocido el principio de igualdad salarial o no se haya determinado el salario mínimo, el desmejoramiento o despido de un trabajador sindicalizado como consecuencia de una práctica desleal

Dentro de esta categoría, Vasco Torres De León, propone una sub clasificación, cuando anota que "la legislación laboral contempla otros procesos a los que si bien no le son aplicables las normas del proceso abreviado que establece el CT panameño, mantienen un carácter claramente sumario o abreviado en virtud del procedimiento que al efecto se ha dispuesto para el mismo, ubicando los siguientes. el proceso de ilegalidad de huelga, el proceso de juzgamiento de faltas, el proceso ante la Junta de Conciliación y Decisión y el proceso ejecutivo convertido en plenario abreviado"²⁸² De momento no voy a ocuparme de las señaladas modalidades, pues, continuaré con el orden establecido en el régimen procesal laboral y los procesos establecidos en leyes especiales dictadas con posterioridad

El proceso ejecutivo se regula en el título XI del libro IV del Código de Trabajo, a partir del artículo 994 hasta el artículo 1040, cuyo esquema no voy a describir, dado que excedería los límites de este estudio Tiene como presupuesto este tipo de proceso la existencia de una determinada actuación judicial, administrativa o convencional, que es denominada como título o recaudo ejecutivo Tales actos deben contener el

²⁸² (2003 pp 164-165)

reconocimiento de una obligación de naturaleza laboral, obviamente, y deben constar en documento original o en copia autentica

El proceso de juzgamiento de faltas aparece instituido en el título XII del libro IV del Código de Trabajo de 1972, partiendo del artículo 1041 hasta el artículo 1061, y fue establecido para perseguir y sancionar las contravenciones a las normas laborales. Es permitido que este tipo de proceso sea entablado con independencia de las facultades que tienen las autoridades de trabajo, sean administrativas o judiciales, para imponer sanciones por las violaciones de las disposiciones laborales, de modo directo, dentro de cualquier proceso laboral

A propósito de las fortalezas del ordenamiento procesal laboral, hace algún tiempo, Jorge Fábrega Ponce sostuvo que "el Código de Trabajo atribuyó a los tribunales de trabajo competencia para conocer de asuntos laborales-penales, cuando en un proceso laboral se advierta violación a normas laborales o con independencia de ello, y sin perjuicio de las facultades del Ministerio de Trabajo, en virtud de denuncias formuladas por parte afectada, por inspectores de trabajo, o por los otros funcionarios del ramo. Estas denuncias se tramitan de acuerdo con los artículos 1041 y siguientes, y en el proceso sólo se decide respecto a la responsabilidad penal-laboral, sin que la respectiva sentencia imponga o genere a favor de las partes derechos de obligaciones substanciales"²⁸³

²⁸³ (Op Cit pp 284-285)

Con sobrada razón, Margarita Centella González sostiene que "en estos procesos sólo es procedente imponer multas a los empleadores por infracciones a las disposiciones del Código de Trabajo, no cabe prisión preventiva, ni el reconocimiento de las prestaciones laborales adecuadas, cuando el objeto del proceso, sea precisamente, el no pago de una pretensión económica derivada de la relación de trabajo"²⁸⁴ En igual sentido, Ricaurte Soler Mendizábal considera que este proceso "lo que busca es el respeto a las disposiciones laborales, pues las sanciones pecuniarias no son tan elevadas que los empleadores no puedan sufragarlas"²⁸⁵ Y, con respecto a la utilización de esta modalidad procesal, Rafael Murgas Torrazza afirma que "el proceso de juzgamiento de faltas se convierte en un rito jurídico debido a que las autoridades administrativas tienen suficiente poder sancionador"²⁸⁶, lo cual impide que se acuda a esa vía judicial

Después de haber repasado rápidamente las características de los distintos procesos contemplados en el Código de Trabajo, se puede decir que ellos no pueden ser empleados para la protección de los derechos fundamentales del trabajador reconocidos por su condición de persona y/o ciudadanos, ya que se establecieron con otros objetivos y no para brindarle tutela a esa categoría de derechos. En otras palabras, los procesos regulados en el ordenamiento jurídico laboral buscan detender y reivindicar los derechos laborales de los trabajadores emanados de la relación subordinada y dependiente con el empleador

²⁸⁴ (Op. Cit. p. 79)

²⁸⁵ (1999 p. 17)

²⁸⁶ (2000 pp. 188-189)

Ahora bien, cuando se crearon las Juntas de Conciliación y Decisión y se atribuyeron funciones jurisdiccionales al Ministerio de Trabajo, las leyes especiales que complementaron el Código de Trabajo tampoco consagraron cauces procesales específicos para la tutela de los derechos fundamentales de la persona del trabajador

La Ley 7/75 de 25 de febrero delinea el proceso que se aplica a las demandas por despidos injustificados, a las reclamaciones derivadas de las relaciones laborales que tengan una cuantía hasta mil quinientos balboas y a las demandas de cualquier naturaleza o cuantía entabladas por los trabajadores domésticos, siendo tales asuntos privativos de las Juntas de Conciliación y Decisión²⁸⁷

Sobre ese proceso laboral, Oscar Vargas Velarde, acertadamente ha dicho que se trata de un "proceso de conocimiento de carácter *sui géneris*, porque su desarrollo es diverso a los procesos consagrados en el Código de Trabajo"²⁸⁸, ya que tiene reglas peculiares en primera instancia, identificándose varias fases después de la presentación de la demanda como el saneamiento, audiencia, conciliación, contestación de la demanda, incidencias, practica de pruebas, *alegatos*, emisión de la sentencia y su obligada ejecución. La segunda instancia, por su parte, se tramita conforme el Código de Trabajo y no tiene cabida el recurso de casación laboral. En igual dirección, se expresa Vasco Torres De

²⁸⁷ Sobre la justificación de estos organismos en la justicia laboral, vid., la opinión de Rolando Murgas Llorazza cuando dijo que ellos "fueron creados en atención a la alta morosidad existente en la tramitación de los procesos de trabajo, morosidad que principalmente se reflejó en las crecidas condenas de salarios caídos, situación tentadora para que la jurisprudencia ensaye —como en otros países— formulas encaminadas a liberar al empleador de esa carga, trasladada al trabajador y colocarlo ante un cerco económico que lo impulsa a renunciar a su estabilidad" (1983 p 188). Jorge Fábrega Ponce, por su parte, sostuvo que "al año de estar rigiendo el nuevo Código de Trabajo de Panamá que establecía un régimen de estabilidad relativa para los trabajadores —se había eliminado el despido unilateral respecto a los trabajadores que tenían más de dos años de antigüedad— y consagrarse el reintegro al trabajador despedido sin justa causa, con salarios caídos durante la tramitación del proceso laboral, surgió el clamor —especialmente en el sector empresarial— de que se instituyera un sistema más expedito que el proceso laboral común que consagraba el Código para conocer y decidir las demandas por despido injustificado promovidas por los trabajadores" (1982 p 29)

²⁸⁸ (2000 p 54)

León, cuando recuerda que "la creación de las Juntas de Conciliación y Decisión (JCD), en nuestro país, obedeció al interés de atacar la alta morosidad en la tramitación de los procesos laborales. Se concibió un mecanismo rápido de solución de conflictos individuales laborales, dentro de un proceso especial que garantiza el debido proceso. La Ley 7 de 25 de febrero de 1975 crea dentro de la jurisdicción de trabajo las JCD, aunque con una composición *sui generis* y una naturaleza mixta"²⁸⁹ Con un enfoque diferente y crítico, más bien, Candelario Santana Vásquez, estima que el proceso de trabajo que se surte ante las Juntas de Conciliación y Decisión, es de "carácter sumario"²⁹⁰, independientemente de todas las desnaturalizaciones que ha sufrido su estructura y funcionamiento, destacándose la poca atención a la fase de alegatos de las partes, pues las otras guardan relación con su composición e influencia política

En definitiva, los procesos laborales que conforme a la Ley 7/75 son de competencia de las Juntas de Conciliación y Decisión, en opinión de Jorge Federico Lee, "constituyen una modalidad del llamado proceso común de trabajo, y las situaciones no reguladas por la Ley 7 deben llenarse aplicando las disposiciones del Código de Trabajo, relativas al procedimiento que no sean incompatibles con dicha ley. Esto es así, pues conforme lo dispuesto en el artículo 531, se sujetan al procedimiento común los procesos que se surten ante los juzgados seccionales de trabajo, en primera instancia, sino también a aquellos que se ventilan ante las Juntas de Conciliación y Decisión"²⁹¹. Hay otros que piensan que es un proceso abreviado especial innominado, porque es sumario con reglas especial, aunque no tenga un nombre específico. El proceso laboral que opera en las

²⁸⁹ (Op. Cit. p. 212)

²⁹⁰ (2001, pp. 389-403)

²⁹¹ (Op. Cit. 118)

Juntas de Conciliación y Decisión, no es aplicado a la restauración de los derechos personales del trabajador que resultasen violados por el empleador, dado que fue diseñado para las reclamaciones concretas ya mencionadas

Mediante la Ley 53/75 de 28 de agosto se dispuso un procedimiento que se aplica a las demandas por incumplimiento del artículo 215, relativa a los despidos por causas económicas; a las pretensiones para determinar el salario mínimo legal o convencional, con o sin reclamo de la diferencia adeudada si la hubiere, independientemente de la cuantía, a los conflictos relativos a la interpretación en derecho o a la validez de cláusulas pactadas en las convenciones colectivas, pactos o acuerdos de naturaleza colectiva, a las demandas sobre la alteración unilateral de la zona o ruta asignada al trabajador y en los casos autorizados para el rediseño de zonas o rutas o inclusión en las mismas de nuevos trabajadores por razones económicas, cuando no existiere acuerdos entre las partes, y las impugnaciones a que se refiere el artículo 394, a prevención de los tribunales de trabajo, las cuales comprenden cuestiones como la admisión de afiliados que no reúnan los requisitos legales y estatutarios, elección de directivos y representantes sindicales, su remoción cuando la asamblea no hubiere cumplido con los requisitos para sesionar con el quórum válido, expulsión de un afiliado o remoción de un directivo o representante sindical cuando se haya violado el procedimiento legal, entre otros

Dicha competencia no se contrae a los asuntos indicados, sino que se suman las impugnaciones referidas a los ordinales 2, 3, 4 y 5 del artículo 394 del Código de Trabajo, cuando el acto o acuerdo haya sido registrado en el Departamento de Organizaciones Sociales. A partir del artículo 4 hasta el artículo 30 de la Ley 53/75, se

regula el procedimiento que se surte ante la Dirección General de Trabajo y el recurso de apelación, cuando es interpuesto y sustentado lo decide el Ministro de Trabajo, cumpliendo el principio de doble instancia. Esta competencia es a prevención con los Juzgados Seccionales de Trabajo, tal como expresamente se dispone en la ley.

De acuerdo con Jorge Fábrega Ponce, esa legislación complementaria instituye "un verdadero proceso, con demanda, términos preclusivos, procedimiento (traslado, presentación y práctica de pruebas, alegatos, fallos recursos, cosa juzgada formal, etc."²⁹²

Con ese instrumento jurídico, se vino a atribuir funciones jurisdiccionales a las autoridades administrativas de trabajo, la cual deberá conocer y decidir ciertas controversias laborales. La función de naturaleza jurisdiccional atribuida a la Administración de Trabajo, ha sido reconocida por la jurisprudencia nacional, al no admitirse recursos contencioso-administrativos, cuando se atacaron, en sede contencioso-administrativa, las actuaciones fundadas en la Ley 53/75.

Ninguna de esas leyes especiales introdujeron procedimientos para la tutela judicial de los derechos fundamentales de la persona del trabajador, a pesar de la concepción proteccionista que fuera implementada y fortalecida en nuestro medio, producto de la tendencia que acentuaba el intervencionismo estatal en las relaciones laborales –tanto a nivel jurisdiccional como administrativo– siguiendo la corriente de la época.

Ante la ausencia de cauces especiales para la tutela de los derechos fundamentales inespecíficos del trabajador, se hace necesario el establecimiento de mecanismos

²⁹² (Op. Cit. p. 56)

procesales adecuados e idóneos para que el trabajador pueda defender esa categoría de derechos cuando el empleador llega a lesionarlos o vulnerarlos dentro de la empresa. O sea, debe implantarse un procedimiento especial para atender reclamos cuando se produzcan violaciones de los derechos fundamentales del trabajador

Así las cosas, el blindaje privilegiado que sería implementado para la tutela de los derechos fundamentales del trabajador ante las violaciones cometidas por el empleador, vendría a llenar un vacío que trajo el actual Código de Trabajo y no fue colmado con sus leyes complementarias, dando lugar a una acción correctiva que permitía la protección directa e inmediata de las libertades y derechos ciudadanos del trabajador dentro de la empresa o dentro de las instituciones públicas sujetas a regímenes laborales. Entonces, con propiedad se podría hablar de garantía reforzada de los derechos fundamentales en el ámbito de las relaciones laborales

El eventual instrumento legal tendría que definir el conjunto de derechos fundamentales susceptibles de protección jurisdiccional, siendo objeto de tutela derechos inespecíficos como la intimidad o derecho a la vida privada y al honor, la inviolabilidad de correspondencia en cualquiera de sus formas, la libertad religiosa o de conciencia, la libertad de expresión, entre otros

También se determinaría la legitimación de los sujetos activos o personas que pueden entablar esa protección judicial, considerando a los trabajadores individualmente y a las organizaciones sindicales inclusive, permitiendo además la actividad del Ministerio

Público cuya labor consistiría en asegurar el cumplimiento de las leyes del país y de las autoridades administrativas de trabajo que ejercen la supervisión y control de las normas y disposiciones laborales

Se contemplaría una tramitación sumaria y preferente con el fin de agilizar la resolución de este tipo de procedimiento, haciendo extensiva tales características a la actuación judicial que decida los medios de impugnación interpuestos con apego a la Ley Estas garantías procesales deberían incluir las medidas cautelares, pudiendo incluso el juez decretar de oficio o a petición de parte la suspensión del acto lesivo de los derechos fundamentales que podría mantenerse hasta la culminación del trámite judicial respectivo

En cuanto a la actividad probatoria se establecerían reglas sobre inversión de la carga de la prueba o reglas sobre indicios suficientes de la violación, teniendo el empleador las razones o motivos que tuvo para la aplicación de la medida tildada de lesiva o vulneradora de los derechos fundamentales del trabajador; esto es, que el empleador tendría que explicar los fundamentos que tuvo para la adopción de las medida, a objeto que se mida o determine su proporcionalidad o se establezca su balance judicial Así, el empleador le correspondería demostrar que las medidas y acciones tomadas y llevadas a cabo en el interior de la empresa o en lugar de la prestación del servicio, como expresión de su poder de dirección y sanción, han sido objetivas, razonables y proporcionadas, siendo acordes y respetuosas de la dignidad del trabajador o de sus derechos humanos.

Por último, a propósito del contenido del fallo que dispondría la reparación de los derechos fundamentales vulnerados o lesionados, estableciendo la posibilidad de reponer las cosas a su estado original, mediante la declaratoria de la nulidad de la medida o acto ejecutado o a punto de ejecutar, junto a la declaratoria de la ilicitud de la prueba e imposición de una indemnización integral a favor del trabajador que comprendería la reparación de daños y perjuicios. Lo anotado, en gran medida, vendría a ser el esquema para la tutela de los derechos fundamentales del trabajador, haciendo plena la vigencia de esa categoría de derechos en el contexto de las relaciones laborales.

En el plano infraconstitucional, cabe agregar que fue establecida en nuestro medio la tutela judicial de ciertos derechos fundamentales, específicamente en el ámbito administrativo, dado que podrán anularse los actos administrativos provenientes de autoridades nacionales que violen derechos humanos justiciables previstos en las leyes y convenios internacionales, debiendo disponerse la reparación o restablecimiento del derecho violado cuando procediere conforme la Ley 19/91, del 9 de julio que modifica y adiciona el Código Judicial. La Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia conoce las acciones cubiertas con esta protección procesal, según el numeral 15 del artículo 97.

Se entiende que los derechos humanos justiciables objeto de tutela judicial son los llamados derechos de primera generación, ubicándose entre ellos la libertad de asociación, expresión y reunión, la libertad y secreto de correspondencia, el derecho a la intimidad, la libertad de conciencia y religiosa, el derecho de propiedad, el debido proceso, el derecho de igualdad y no discriminación, etc. En tanto, el resto de los derechos humanos, catalogados como derechos de segunda y tercera generación, tales

como la libertad sindical, empleo, educación, vida digna, salud, ambiente sano, desarrollo y/o paz, no pueden ser objeto de protección procesal con ese mecanismo. Entonces, resulta insuficiente la regulación de la tutela judicial de los derechos humanos, en nuestro medio, toda vez que sólo pueden ser procesalmente amparados los llamados derechos de libertad no así los derechos sociales, quedando incluso comprometida la justiciabilidad de estos últimos como se verá abajo.

Este proceso especial puede ser activado aunque no se haya agotado la vía gubernativa y, además, se caracteriza por la intervención del Procurador de la Administración, cuya participación está dirigida a la defensa de los derechos humanos violentados, y no a favor del acto de la autoridad nacional, desprendiéndose que su intervención será siempre en interés de la legalidad.

El proceso contencioso-administrativo de derechos humanos, junto a sus rasgos principales, lo describe Arturo Hoyos cuando plantea que éste se distingue del amparo de garantías constitucionales "porque en aquél se protegen los derechos humanos previstos en las leyes, incluidas aquellas que ratifican convenios internacionales, mientras que en éste se protegen los derechos fundamentales previstos en la Constitución. De esta forma, el primero es un proceso para proteger los derechos humanos en el plano de la legalidad, mientras que el segundo tiene el mismo objeto, pero se ubica en el plano de la constitucionalidad"²⁹³. También contrasta el objeto litigioso de ambas acciones procesales, advirtiéndose que es más amplio en el proceso de amparo, dado que pueden ser atacadas las resoluciones judiciales y otros actos que no sean de carácter general, en

²⁹³ (1991 p 37)

tanto, son susceptibles de anulación, con el proceso contencioso, los actos administrativos de carácter general, tales como reglamentos, siempre que sean violatorios de los derechos humanos

Así, se produjo un cambio en la justicia contencioso-administrativa, por cuanto se protegen los derechos humanos de los gobernados, y no el acto administrativo del gobierno, lo que implica un avance en esa jurisdicción especializada, calificado –ese proceso evolutivo- por la doctrina como una nueva concepción de lo contencioso-administrativo, ya que su enfoque tradicional es renovado y modernizado

Después de aprobada la Ley, Vicente Archibold Blake, sostuvo que "este nuevo proceso viene a ser un complemento de los otros mecanismos procesales de protección de los derechos constitucionales como lo constituyen en su momento el artículo 310 del Código Penal, el Habeas Corpus, el Amparo de Garantías Constitucionales, la Excepción o Advertencia de Inconstitucionalidad, el Recurso de Inconstitucionalidad y lo que conocemos comúnmente como el Proceso Contencioso-Administrativo, que virtualmente nace como una protección de los actos arbitrarios de la administración, aunque ésta no constituya su única función"²⁹⁴. aunque formuló reparos a los aspectos relevantes de ese proceso judicial

No obstante, ese mecanismo judicial no puede ser operado por los jueces laborales, dado que no le es dable aplicar el Código Judicial, según el artículo 534 del ordenamiento procesal laboral, manteniéndose la desprotección de los derechos fundamentales de la

²⁹⁴ (1991 p 22)

persona del trabajador, cuya relación con el empleador, está regida por el Código de Trabajo y otras disposiciones complementarias

Sólo puede ser activado por aquellas personas que tengan la condición de servidores públicos, siempre que resulten afectados por los actos provenientes de las autoridades nacionales, según la configuración del artículo 97 de la Ley 19/91. Por consiguiente, es posible afirmar que el proceso de protección de derechos humanos, resulta insuficiente en su diseño y estructura, ya que no permite el restablecimiento de derechos lesionados por actuaciones que provengan de las autoridades municipales o por actos privados inclusive, habida cuenta que ellos quedan excluidos de la cobertura legal²⁹⁵ Se observa que la exigibilidad judicial de ciertos derechos humanos²⁹⁶, solamente tiene cabida ante la justicia contencioso-administrativa, esto es, a nivel infraconstitucional

²⁹⁵ Vid, los puntuales y atinados comentarios de Raul Aparicio Alba, en un breve estudio, donde reafirma que son susceptibles de impugnación por vía del proceso contencioso, los actos administrativos derivados o emitidos por el Gobierno Central, el Presidente y sus ministros de Estado, los directores de instituciones autónomas o semiautónomas, la Asamblea Legislativa o por entidades del Órgano Judicial con competencia en todo el territorio nacional. Por tanto, no podría demandarse la nulidad de un acto administrativo de un corregidor, alcalde, gobernador, etc., que tiene una competencia limitada a determinada circunscripción territorial (2001 p 25)

²⁹⁶ Los derechos sociales económicos y culturales, no son objeto de protección procesal, mediante el nuevo cauce contencioso-administrativo, es decir que, no son susceptibles de ser impuestos judicialmente, porque constituyen enunciados programáticos que dependen de las políticas gubernamentales, según el Auto del 18 de enero de 2000, dictado por la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Esta exclusión resulta arcaica por cuanto esta superada, hoy día, la idea que considera los derechos sociales inferiores a los derechos civiles y políticos pese al debate sobre el momento de su aparición, y desafortunada desde la perspectiva de su diferencias axiológicas, estructurales y de tutela judicial. No pueden ignorarse las reflexiones de Gerardo Pisarello, quien reconoce que los derechos sociales tuvieron presencia "tanto en la antigüedad como en el medioevo, ya que hubo diferentes mecanismos institucionales, aunque no necesariamente estatales, orientados a paliar situaciones de pobreza y a asistir a los colectivos más necesitados", a la par que plantea una crítica a la tesis que son generacionalmente posteriores a los derechos civiles y políticos, y a las ideas de su subordinación axiológica comprometida estructura y debilitada tutela o deficiente sistema de garantías (2007 p 20). Hace buen tiempo, Víctor Abramovich y Christian Courtis, abogaron por la exigibilidad judicial de los derechos sociales, pues se opusieron a las opiniones que niegan todo el valor jurídico que tienen los derechos sociales, al considerarlos meras declaraciones de buenas intenciones, de compromiso político y, en el peor de los casos, de engaño o fraude tranquilizador. Han sostenido que por su "jerarquía normativa en las constituciones o tratados internacionales, como instrumentos que establecen los derechos sociales, son considerados documentos de carácter político antes que catálogos de obligaciones jurídicas para los Estados, a diferencia de la gran mayoría de los derechos civiles y políticos" (2004 p 19). Desconocer la justiciabilidad de los derechos sociales implica un retroceso, por cuanto se rechazaría el avance del constitucionalismo contemporáneo, cuyo fundamento descansa no sólo en los principios de libertad e igualdad, sino en valores de preferencias, al decir de Albert Noguera Fernández, cuando resume este debate a "dos cuestiones principales, legitimidad y competencia, conllevando la primera el establecimiento de políticas públicas y prioridades económicas presupuestarias, complicando la labor de los jueces pues deben ellos tomar ese tipo de decisiones, y la segunda que envuelve la facultad de los jueces de actuar protegiendo esos derechos sociales, en caso de incumplimientos". Este autor agrega que "estas dos dimensiones se solapan y están interrelacionadas, pues aquella sería menos susceptible de ser cuestionada si existen acciones y garantías procesales que otorguen a los jueces competencias para ello, y a la inversa, gozar de legitimidad permite a los jueces adoptar decisiones firmes y valientes, dejando atrás el usual criterio auto restrictivo que muchas veces tienen a la hora de evaluar sus facultades de invalidar decisiones que pueden calificarse como políticas, así como instar la reparación de derechos sociales aunque ello conlleve una acción positiva del Estado que afecte recursos presupuestarios" (2010 pp.39-43)

En la comentada ley 19/91, se configura una limitada la tutela judicial de los derechos fundamentales, conocida como el proceso de amparo judicial, distinto de la acción de amparo constitucional también con un alcance restringido. El amparo judicial que se surte cotidianamente ante el juez de instancia, cuya actuación puede ser revisada por acciones excepcionales en otra jurisdicción, mientras que el amparo constitucional tiene un carácter subsidiario y eventualmente es interpuesto ante la máxima autoridad del sistema judicial que asume y cumple funciones de la justicia constitucional²⁹⁷, conformando un organismo especializado de acuerdo con el modelo seguido todavía en ciertos países. Por ende, como mecanismos reactivos, existen garantías ordinarias y extraordinarias, tomando en cuenta las estructuras diseñadas en los ordenamientos jurídicos.

Al examinar las orientaciones jurisprudenciales, forjadas con apego al régimen español, Rafael Sarazá Jimena expresa que "las diferencias entre ambas jurisdicciones, tribunales ordinarios y Tribunal Constitucional, no responden al rango de las disposiciones y actos enjuiciables, ni dependen del canon de validez por el que han de ser enjuiciados, sino que tienen que ver con el diferente régimen de acceso a cada una de dichas jurisdicciones, la extensión y los efectos de los pronunciamientos respectivos, que, aun persiguiendo en ambos casos el restablecimiento de los derechos fundamentales, poseen varias modulaciones derivadas de la distinta posición que los órganos judiciales y el Tribunal Constitucional ocupan en el sistema de relaciones establecidas entre ambas sedes

²⁹⁷ En Panamá, sin demeritar los mecanismos que corresponden al orden infraconstitucional, destaca Rigoberto González Montenegro, basado en el vigente texto constitucional, que si bien existe "...un sistema de control de la constitucionalidad concentrado, de conocimiento exclusivo de un único tribunal, en este caso el Pleno de la Corte Suprema de Justicia, ello no implica que se trate de una jurisdicción especial o que la Corte sólo conozca del control de constitucionalidad de las leyes..."(1997:p.278), ya que además le corresponde pronunciarse sobre asuntos de orden civil y penal, inclusive de naturaleza contencioso-administrativa; siendo necesario o indispensable la creación y establecimiento de un Tribunal Constitucional. Sobre la inminente revisión de la justicia constitucional en Panamá, también puede consultarse la opinión de Salvador Sánchez González, quien sostiene que existen suficientes razones para un cambio del modelo constitucional, dado que no ha sido alterado, desde su aparición en 1941(2007:p.34).

jurisdiccionales. ²⁹⁸. Según ese sistema, no son excluyentes el amparo judicial y el amparo constitucional, pues ambos tienen por objeto la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales

Tampoco ese proceso judicial puede ser utilizado o entablado por los empleados de la Autoridad del Canal de Panamá, pues no son considerados servidores públicos, sino trabajadores sujetos a un régimen laboral especial que consagra sus propios mecanismos defensivos, los cuales están representados en el procedimiento de denuncia ante la Junta de Relaciones Laborales y en el procedimiento negociado de queja previsto en los convenios colectivos respectivos, tal como previene su marco legal y reglamentario. Se trata de dos procedimientos distintos, aplicables cuando se produzca algún atentado contra los derechos fundamentales del trabajador, como su discriminación, lo cual es considerado una práctica laboral desleal.

El procedimiento de denuncia que se surte ante la JRL, por razón de prácticas laborales desleales, está contemplado en el Acuerdo 2/00 de 29 de febrero, el cual consta de 37 artículos, que disponen las reglas de las distintas fases procesales que deben ser aplicadas cuando se presentan las denuncias por el trabajador, el representante exclusivo, la organización sindical o sindicato respectivo, o la administración de la Autoridad del Canal de Panamá. Como mecanismo procesal se establecen formalidades, plazos, y sobre todo el respeto al contradictorio como principio básico y elemental, antes de la decisión final que puede ser recurrida ante la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, únicamente, por contravenciones a la Ley, tal como dispone el artículo 114

²⁹⁸ (2011 p 33)

Por su parte, el procedimiento de queja debe regularse en cada uno de los convenios colectivos que sean negociados en la Autoridad del Canal de Panamá, según la obligación establecida en el artículo 104 de la Ley 19/97, pues es la forma de resolver administrativamente las quejas que pudieran interponerse tras un conflicto en el desarrollo de las relaciones laborales en ese ámbito específico. El procedimiento negociado de queja deberá incluir la facultad de invocar el arbitraje y otros medios alternativos de resolución de conflictos. De acuerdo el RAP, este procedimiento debe ser justo, sencillo y expedito, al igual que garantizar una serie de derechos entre los cuales están la participación personal y directa del trabajador, del representante exclusivo y de la administración, así como el derecho de invocar el arbitraje o cualquier medio alterno de solución de conflicto que tendrá que ser incorporado al convenio colectivo, y por supuesto la posibilidad de alegar objeciones sobre competencia, extemporaneidad, y admisibilidad de la queja, buscando el saneamiento general del proceso, según los artículos 78 y 80

Contrario a lo expuesto, se estima que los trabajadores de la Autoridad del Canal de Panamá, tienen la categoría de servidores públicos sujetos a un régimen laboral especial, cuyo fundamento se encuentra en el título constitucional especial introducido con las reformas de 1994-95. En virtud de esa normativa a ellos se les reconocen sus derechos como personas e individuos, como podría ser el caso de ciertos derechos fundamentales específicos como la protección de la maternidad, por ejemplo, pudiendo ser tutelados judicialmente con el mecanismo descrito arriba

3 2 2 *Improcedencia del amparo de garantías contra actos de particulares*

Tampoco los trabajadores tienen acceso a tutela constitucional directa, cuando sus derechos fundamentales son lesionados por sus empleadores, ya que no se consagra la acción de amparo contra acto de particulares en Panamá, según una larga tradición constitucional. Por tanto, no pueden ser restaurados de manera directa los derechos constitucionales del trabajador.

Cabe recordar que el amparo de garantías fue instituido en el constitucionalismo panameño, desde 1941²⁹⁹, con el propósito de proteger a los ciudadanos de los actos de cualquier autoridad³⁰⁰. Esta pieza clave de nuestro sistema de garantías de derechos fundamentales, llegó a denominarse recurso de amparo, impropriamente, pues se trata de una acción autónoma desde el punto de vista técnico. En el plano doctrinal como en otros ordenamientos jurídicos, es conocida como "acción de tutela", "amparo de derechos fundamentales" o "acción de protección constitucional", remontándose su antecedente histórico al "juicio de amparo mexicano"³⁰¹.

Haciendo abstracción de la cuestión terminológica y de su origen, el amparo de garantías, está previsto en el actual artículo 54 de la Constitución Política, con una formulación

²⁹⁹ "Artículo 189. Toda persona contra la cual se expida o se ejecute, por cualquier funcionario público, una orden de hacer o no hacer, que viole los derechos y garantías que esta Constitución consagra, tendrá derecho a que la orden sea revocada a petición suya o de cualquier persona. La ley determinará la forma de este procedimiento sumario de amparo de las garantías constitucionales. El recurso a que este artículo se refiere será siempre de competencia del Poder Judicial."

³⁰⁰ Luego de haber descrito los antecedentes y mecanismos de la justicia constitucional en Panamá, Rigoberto González Montenegro, convino que "este instrumento o garantía de protección de los derechos fundamentales es de competencia de los tribunales judiciales y, en caso específico, de la Corte Suprema de Justicia" (1997 pp 288-289). Estas anotaciones siguen de cerca las enseñanzas de César Quintero Correa, quien dijo que el amparo es una garantía constitucional especial que solo "procede contra ordenes violatorias de los derechos fundamentales, expedidas o ejecutadas por una autoridad pública (individual o colectiva)" (1987 p 813).

³⁰¹ Vid., las observaciones de Héctor Fix-Zamudio, al decir que a su juicio, dicha figura surgió "como un instrumento procesal que tenía la función de tutelar los derechos fundamentales, entonces exclusivamente de carácter individual, contra leyes o actos de cualquier autoridad, tanto de la Federación como de los Estados, y este concepto original se transformó de manera paulatina para incorporar otros medios procesales, especialmente el recurso de casación, con lo cual, además, de la protección de los derechos humanos también se extendió a la defensa de los derechos ordinarios, de manera tal que además de un sistema de control estrictamente constitucional, abarco un control de legalidad" (pp 53-54).

limitada, ya que sólo procede contra actuaciones emanadas de los servidores públicos. De acuerdo con su diseño, el constituyente panameño quiso que su radio de acción, se circunscribiera a las actuaciones de los servidores públicos, dejando excluido de su ámbito de aplicación los actos de particulares³⁰². Además, previno la imposibilidad de su utilización contra los fallos de la Corte Suprema de Justicia o de sus Salas, y contra las resoluciones del Tribunal Electoral, de conformidad a lo prescrito en el texto constitucional. Se trata de limitaciones y prohibiciones constitucionales, establecidas clara y expresamente, dentro de los artículos 143 y 206 de la Constitución Política.

Ese precepto constitucional encuentra desarrollo legislativo en el Código Judicial, dentro del Título III del Libro IV, denominado Instituciones de Garantías, a partir del artículo 2615 hasta el artículo 2632, cuyo contenido normativo no debe sobrepasar o desbordar los contornos fijados en dicho precepto. Esta regulación legal operada por los jueces con rigurosidad, obviamente, permitirá que sea efectiva y eficaz esa institución de garantía de los derechos fundamentales. El régimen procesal aplicable a la figura del amparo de garantías, tras su aprobación en 1987, ha sido objeto de reformas, tal como afirma Salvador Sánchez González, cuando se refiere a " la disponibilidad del amparo para

³⁰² Entre nosotros se ha venido fomentando la necesidad de admitir y regular los amparos de garantías contra actos particulares, que desconozcan o vulneren los derechos fundamentales de los ciudadanos, como resultado de la vigencia de esos derechos en el tráfico jurídico privado, reconociendo la eficacia horizontal de esta categoría de derechos y, obviamente, cuestionando su aplicación vertical. En ese sentido, Carlos Quiroz Almanza, dijo que " el proceso de amparo pretende enervar los efectos de actos que violen los derechos y garantías tutelados en la Constitución. Dichos actos y omisiones, indudablemente pueden ser realizados, tanto por las autoridades o funcionarios públicos como por particulares" (1997 p.133). Asimismo, Rafael Murgas Torrazza, de modo coherente se inclina por la procedencia del recurso de amparo como garantía frente a actos de los particulares, ya que " los derechos fundamentales también pueden ser violados por estos últimos, teniendo que ampliarse la jurisprudencia que dictamina su improcedencia dado que esta acción es viable sólo contra los actos de autoridad por explícito mandato constitucional, tal como acusa la tendencia doctrinal y jurisprudencial, consolidada en Europa e Hispanoamérica, en países como Argentina, Costa Rica y Colombia, donde se permite la defensa de los derechos constitucionales por vía de amparo contra actos de particulares" (2008 pp.65-91). Las conclusiones de este importante sector de la doctrina nacional, obviamente, tienen su sustento en las teorías sobre el neoconstitucionalismo que somete a control constitucional el poder público y los actos de particulares.

impugnar resoluciones judiciales³⁰³. Es oportuno recordar que, el Decreto de Gabinete 50/90 de 20 de diciembre dio un paso importante en cuanto a su tramitación procesal, cuando se previno la posibilidad de utilizar el amparo contra decisiones jurisdiccionales, incorporándose el párrafo cuarto al artículo 2615 del Código Judicial, cuya numeración original correspondía al artículo 2606

Dicha previsión es eliminada en la Ley 32/99 de 23 de julio que crea, dentro de la Corte Suprema de Justicia, la Sala Quinta de Instituciones de Garantías³⁰⁴, que tuvo una corta existencia jurídica, ya que fue abolida con la Ley 49/99 de 24 de octubre declarada inconstitucional por el Pleno de la Corte, mediante sentencia de 25 de enero de 2011³⁰⁵. A pesar de ello, queda vigente la modificación hecha al artículo 2615, autorizándose el ejercicio del amparo contra las resoluciones judiciales, con sujeción a una serie de reglas, y sustituyendo la original restricción establecida en el Código Judicial. Así, se observa que el amparo tiene un carácter subsidiario, en nuestro medio, dado que sólo puede ser promovido cuando se hayan interpuesto y sustentado todos los recursos procesales, exceptuando los remedios extraordinarios, es decir, cuando se haya producido el agotamiento de las vías ordinarias de impugnación

Entonces, queda reducida a un segundo plano la eficacia frente a terceros de los derechos fundamentales, habida cuenta que es improcedente el amparo contra actos de particulares siendo este aspecto lo que viene a determinar el valor de la *Drittwirkung*, ello implica que

³⁰³ (2011 pp 218-219)

³⁰⁴ No puede ser ignorada la experiencia de la Sala Quinta, pese a su corta duración, debido al avance conceptual y operativo que trajo consigo al decidirse amparos fundados en convenios internacionales de derechos humanos, e impedirse su inadmisión por razones formales o defectos de forma, pese a mantenerse las limitaciones, como era obvio, respecto de los actos susceptibles de ser atacados por esa vía constitucional

³⁰⁵ Se vino a resolver cuatro acciones de inconstitucionalidad entabladas, por separado, contra el instrumento legal que derogó la Sala Quinta, poniendo al descubierto un enfoque distorsionado o diferente sobre la reviviscencia de la Ley, problemática previamente examinada por la jurisprudencia constitucional panameña, tal como explica la autorizada doctrina nacional

para que exista esa figura resulta indispensable el amparo constitucional contra actos de particulares. No obstante, entre nosotros, se acusa una tendencia doctrinal que plantea la necesidad de instituir esa posibilidad en el sistema constitucional de protección de derechos fundamentales, tal como se expuso arriba, distanciándose de la jurisprudencia constitucional, cuya doctrina ha mantenido una interpretación literal de las normas atinentes al amparo de garantías.

Tras dejar plasmadas sesudas consideraciones teóricas, Rafael Murgas Torrazza, entiende que los derechos fundamentales pueden ser menoscabados por actos de particulares, por lo cual tienen que ser restaurados por vía del amparo constitucional, conforme la jurisprudencia extranjera, llegando al convencimiento que existe " la necesidad de establecer el amparo contra actos de particulares"³⁰⁶. Ello es así, dado que reconoce que " . en Panamá los actos de particulares violatorios de las garantías fundamentales, no son recurribles en amparo constitucional, salvo que lo que se ha dejado establecido respecto del amparo contra resoluciones judiciales"³⁰⁷, habida cuenta que por explícito mandato constitucional, el amparo únicamente puede interponerse contra órdenes de hacer o no hacer que violenten garantías fundamentales. Con cierta anticipación, Carlos Quiroz Almanza, expuso que "el reconocimiento o aceptación del amparo contra sujeto privado es una necesidad inaplazable en nuestro país, dada las transformaciones económicas que está sufriendo la sociedad, tras la corriente económica neo-liberal que pretende dominar nuestra economía"³⁰⁸. Esta propuesta deriva del reconocimiento parcial que se viene haciendo, en nuestro derecho, cuando se admite el amparo contra resoluciones judiciales,

³⁰⁶ (Op. Cit. p 65)

³⁰⁷ (Ibid p 87)

³⁰⁸ (Op. Cit. pp 147-148)

cuyo antecedente se encuentra en un conflicto privado o en un litigio entre particulares. Recientemente, Boris Barrios González, cuestiona con base sólida y filosófica "el tradicionalismo liberal que mantiene atadas las manos del juez constitucional, bajo la superada concepción de que la infracción de garantías fundamentales solo se da por parte de las autoridades públicas competentes, y consecuente con esa desfasada concepción, solo la persona lesionada con la actuación del funcionario público puede interponer un Amparo Constitucional , dejando en la impunidad las violaciones de los derechos fundamentales cuando éstas provienen de actos de particulares"³⁰⁹. Su posición reflexiva se apoya en la dimensión objetiva de los derechos fundamentales, propia de los Estados contemporáneos, habida cuenta que esa categoría de derechos constituye parte de los valores del sistema jurídico o, en otras palabras, representa el fundamento del ordenamiento jurídico desde un enfoque axiológico

En vista de lo planteado teóricamente, el Pleno de la Corte Suprema de Justicia, vino a ratificar la necesidad de ampliar la protección de los derechos fundamentales frente a actos distintos de las órdenes de hacer o no hacer, con independencia del sistema tradicional y la posición conservadora mantenida en la jurisprudencia constitucional. Con la sentencia de 21 de agosto de 2008, se expuso acertadamente que *"si bien el artículo 54 constitucional señala que la acción de amparo procede contra una orden de hacer o de no hacer que viole derechos fundamentales establecidos en la Constitución, lo cierto es que existen justificadas razones jurídicas, previstas en nuestro ordenamiento, que autorizan utilizar el concepto de acto como objeto susceptible de impugnación a través de un amparo de derechos fundamentales"* También se dijo que *"el artículo 54 de la*

³⁰⁹ (2012 p 21)

Constitución Nacional debe ser interpretado de manera sistemática con los artículos 4 y 17 de la Constitución y con los artículos 1, 25 y 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, porque esta última amplía el catálogo de derechos y garantías fundamentales previstos en nuestra Constitución como mínimos. Y dicha ampliación es permitida de manera expresa por el segundo párrafo del citado artículo 17 de la Constitución Nacional, introducido mediante el Acto Legislativo No. 1 de 2004, cuando dispone que los derechos y garantías reconocidos en la Constitución deben considerarse como mínimos y no excluyentes de los otros que incidan sobre los derechos fundamentales y la dignidad de la persona." Respecto a esta temática el controversial precedente constitucional, enfáticamente sostuvo que " resulta necesario ampliar el concepto de orden de hacer al concepto de acto establecido en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de modo que no queden desprotegidos y sin posibilidad de acceder a la jurisdicción constitucional de tutela judicial efectiva, aquellas personas cuyos derechos fundamentales puedan verse afectados por una decisión emanada de algún servidor público que no revista las características específicas de orden de hacer o de no hacer"

El fallo puso de manifiesto que nuestro país, en materia de amparo, se encuentra rezagado al mantener el concepto de orden de hacer o no hacer –emitida por servidor público- para que proceda su impugnación por vía del amparo constitucional, luego del breve estudio sobre la normativa del amparo en los ordenamientos latinoamericanos. En el contexto latinoamericano, es posible presentar amparos contra actos, omisiones y hechos jurídicos emanados de las autoridades (Argentina, Uruguay y Venezuela), actos de autoridades

(Guatemala y Honduras); actos de particulares (Argentina, Colombia, México, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela), y actos contra normas jurídicas (México, Perú y Costa Rica). Así, el Pleno de la Corte ha reconocido que Panamá, es el único país de América Latina, que tiene un concepto limitado sobre el acto que es objeto de impugnación mediante un amparo, surgiendo *"la necesidad insoslayable de utilizar herramientas jurídicas que permitan adecuar y, por ende, ampliar el sistema de protección judicial de los derechos fundamentales"*

El Pleno de la Corte Suprema de Justicia, como Tribunal constitucional, viene a confirmar que la acción de amparo constitucional puede erigirse como una de las garantías destinadas a lograr la efectiva tutela de los derechos fundamentales, cuando declara que *"los derechos y garantías de diversa naturaleza individuales, sociales, ambientales, colectivos, pueden ser tutelados a través de diversas acciones, entre las cuales están el habeas corpus, el amparo de derechos fundamentales, el habeas data y la acción de inconstitucionalidad, según sea la naturaleza del derecho a tutelar. Todas ellas integran la jurisdicción constitucional de la libertad o la jurisdicción mediante la cual se tutelan las libertades fundamentales. Desde luego, algunas de estas acciones también pretenden garantizar la supremacía de la Constitución, preservar su integridad y garantizar el respecto al orden jurídico constitucional. Todo lo anterior se consigue a través de la acción de inconstitucionalidad, de la advertencia de inconstitucionalidad y del procedimiento de inexecutable del proyecto de leyes"*

Con independencia de tales razonamientos y declaraciones, la acción de amparo fue denegada porque se concluyó que no hubo violación del debido proceso, derecho

fundamental invocado, pues el procedimiento fue llevado conforme los trámites establecidos para los casos de competencia de la jurisdicción coactiva, activada ante el incumplimiento o no pago de la obligación contraída por el accionante en este caso, habiéndose admitido porque parecía que se había verificado un peligro inminente

No obstante, dos miembros del Pleno de la Corte salvaron su voto, ya que estaban en desacuerdo con algunas consideraciones técnicas de la decisión mayoritaria. A pesar que no le asistía la razón al amparista, uno de los disidentes expuso que *"el accionante no individualizó la orden atacada, ya que al señalar la orden impugnada hace referencia al auto, pero dirige sus afirmaciones contra la forma de notificación de dicho auto, siendo la imprecisión de la parte demandada refleja que, a través de su libelo de demanda, pretende que se examine dos actos emitidos por el juzgado executor (el auto que libra mandamiento de pago y la notificación del mismo), lo que definitivamente es improcedente, pues desatiende lo establecido por el numeral 1 del artículo 2619 del Código Judicial"* En cuanto a la interpretación del artículo 54 constitucional, disiente del carácter constitucional otorgado a la Convención Americana de Derechos Humanos (artículos 1, 25 y 29), por vía del bloque de constitucionalidad³¹⁰, pues ese instrumento tiene igual rango que las disposiciones legales internas

³¹⁰ Ese concepto utilizado dentro del control de constitucionalidad, el Pleno de la Corte Suprema de Justicia, lo introdujo con la Sentencia del 30 de julio de 1990, como parámetro de enjuiciamiento de la constitucionalidad del ordenamiento jurídico, y fue concebido por Arturo Hoyos como "el conjunto normativo integrado por la propia Constitución y ciertas normas de Derechos Internacionales, ratificadas por Panamá que pueden tener jerarquía constitucional si consagran derechos fundamentales que son esenciales para el Estado de derecho" (1991 p 12). No obstante, la interpretación que ha efectuado el PCSI, en materia de derechos fundamentales, se ha limitado a las libertades y garantías individuales, excluyendo su extensión a los derechos fundamentales de carácter económico y social, denominados derechos sociales o de segunda generación, tomando en cuenta el momento de su aparición en la historia. Esta doctrina del Pleno fue criticada porque no existe justificación para no incluir dentro del concepto a los derechos humanos de contenido social, por lo que carece de base filosófica, pues ellos resultan necesarios para la convivencia de los individuos en sociedad. Vid Salvador Sánchez González, quien formula reparos desde su recepción hasta su contenido alejado de sus antecedentes en el derecho comparado, por lo cual propugna por su expansión y debida formulación teórica. (2008 pp 13-48)

Se esboza que el criterio mayoritario " .puede ocasionar que se deje de lado la intención del Constituyente respecto al contenido del artículo 54 de la Constitución, así como las normas del Código Judicial, que se han destinado al proceso de amparo, y que forman parte del derecho interno de nuestro país, siendo a su vez éstas las imperantes respecto a las normas internacionales Igualmente, si bien el derecho evoluciona a medida que el tiempo transcurre, no se puede desconocer que en nuestro país tanto la Constitución, como el Código Judicial han destinado normas que desarrollan el amparo de Garantías Constitucionales, las cuales todavía están vigentes, por consiguiente, nos gusten o no esas normas hay que acatarlas, aplicarlas e interpretarlas, hasta que se decida reformarlas" Por tanto, se muestra contrario al reconocimiento del amparo contra actos de particulares, incluso, pues implicaría " ir más allá de lo establecido en el ordenamiento jurídico patrio destinado para la referida acción constitucional, trayendo como consecuencia que la misma perdiera la finalidad para la cual fue creada, que no es más que tutelar las garantías fundamentales consagradas en nuestra Constitución, por la expedición de órdenes de hacer o no hacer, y no de cualquier acto, como plantea la mayoría Así, esta se convertiría en una instancia más dentro de cualquier proceso, donde se podría examinar cualquier diferencia que expusiera la parte disconforme con la decisión de la autoridad administrativa o jurisdiccional Dicho en otros términos, el amparo dejaría de ser un mecanismo excepcional para defender al afectado de la infracción de sus derechos fundamentales, para convertirse en un medio impugnativo más frente a las actuaciones de las autoridades administrativas y las encargadas de administrar justicia" Por todo ello, plantea que se trata de una interpretación contraria al margen del sistema constitucional

También se contradijo la decisión de la mayoría, en el otro salvamento, donde se abogaba por la inviabilidad del amparo, debido a su inconsistente fundamento e incoherente contenido. Se trataba de un proceso de naturaleza administrativa, específicamente de jurisdicción coactiva, donde era necesario que se agotarán " *los medios ordinarios de impugnación contenidos en la ley*" y, por la preferencia de la vía contencioso sobre la constitucional, una vez agotado los recursos ordinarios, debía ser censurado ante la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, mediante el " *ejercicio de una Acción de Plena Jurisdicción o de Restablecimiento de los Derechos Subjetivos*" Por ende, la acción constitucional propuesta no debía ser admitida, ya que contrariaba dos presupuestos indispensables, a saber " *el no agotamiento de los medios de impugnación y que es un proceso de naturaleza administrativa recurrible ante la Sala Tercera de la Corte*"

Por demás, las declaraciones expuestas en el mencionado precedente fueron cuestionadas duramente, por cuanto se afirmaba " *con ligereza que Constitución está desfasada y que, por eso, podemos infringir o prescindir del contenido de nuestro Estatuto Fundamental*" Se puso de manifiesto que los Magistrados de la Corte Suprema son los " *encargados, constitucionalmente, de velar por el respeto y la guarda e integridad de la Constitución, pero esa atribución no nos faculta para que podamos infringirla*", aunque no se hallen conforme con el contenido de la Constitución Política Finalmente, se replicó que no es prudente " *empezar a realizar comparaciones de nuestra acción de amparo a la ligera con otras legislaciones o asegurar que estamos desfasados o que es muy limitada porque nuestro amparo no protege ciertos derechos, sin conocer primero nuestra legislación interna* Ello es así, obviamente porque nuestro legislador patrio ha confiado la

protección de ciertos derechos a otras acciones, como indiqué, incluso, relacionadas con la protección de derechos fundamentales y derechos humanos. Entre otras acciones se cuenta con la acción, consulta, advertencia de inconstitucionalidad y la objeción de inexecutable, acción de habeas corpus, habeas data, acción de nulidad y la acción de plena jurisdicción, el recurso extraordinario de casación, la acción contenciosa administrativa de protección de derechos humanos" Esas instituciones jurídicas otorgan protección a los derechos fundamentales y a la propia Constitución, por lo que se mantuvo el desacuerdo con la decisión mayoritaria porque no puede reformarse, por vía jurisprudencial, el Libro Cuarto del Código Judicial y el texto constitucional. Dicho precedente puso de relieve la necesidad de realizar una apertura a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, en materia de amparo de garantías constitucionales, aunque el método empleado no fue el más adecuado.

Aunque no es permitido en nuestro derecho el amparo contra actos de particulares, estimo que dicha acción debe ser admitida como una de armas que el trabajador pueda utilizar para hacer efectivos sus derechos fundamentales en las relaciones laborales. Por eso, estoy de acuerdo con la norma que busca instituir el amparo contra actos particulares, como medio de tutela o protección jurisdiccional de los derechos fundamentales, dentro del proyecto de reformas constitucionales de 2012.

3 2 3 *Cuestionada Sala Quinta de Garantías constitucionales
implicaciones jurídicas y políticas de su supresión y
reparación*

La Comisión de Gobierno, Justicia y Asuntos Constitucionales de la Asamblea Legislativa, el 18 de mayo de 1999, presentó a la consideración del Órgano Legislativo el proyecto de Ley 88, mediante el cual se proponía la creación de una nueva Sala, dentro de la Corte Suprema de Justicia, que tendría entre sus funciones conocer y decidir las demandas de Amparo de Garantías Constitucionales y de *Habeas Corpus*, cuyo control en la jurisdicción constitucional es difuso, a diferencia de la Acción de Inconstitucionalidad, Objeción de Inexequibilidad y Advertencia o Consulta de Inconstitucionalidad, las cuales son controladas de forma concentrada en dicha jurisdicción

También le correspondería autorizar la intervención y grabación de las conversaciones telefónicas, pedidas por el Procurador General de la Nación, por razón de investigaciones debido a la comisión de delitos graves, entre los cuales estarían considerados los homicidios, robos con agravantes, tráfico de drogas y delitos conexos, tráfico de armas y de personas, secuestros, extorsión, peculados dolosos, concusión y corrupción de servidores públicos. Según el proyecto de ley, además, decidiría los recursos de casación laboral

Esa iniciativa legislativa³¹¹ buscaba consolidar el sistema de administración de justicia del país

Como justificación para la viabilidad de la proyectada Sala Quinta, la Comisión argumentó que con ella se mejoraría la administración de justicia del país, ya que existiría un ente especializado en materia de instituciones de garantías, y curiosamente, exponía que perfeccionaría la jurisdicción laboral por cuanto se completaría su estructura orgánica, reemplazando la vieja Corte de Casación Laboral. Dicha iniciativa tenía como fundamento central respaldar la tendencia a crear tribunales constitucionales que se perfilaba en el derecho comparado, según las experiencias registradas en España, Colombia y Costa Rica, fortaleciendo sus sistemas judiciales muy cuestionados en determinados contextos históricos

Ante el proyecto de ley, presentado por el Órgano Ejecutivo, el Pleno de la Corte Suprema de Justicia estimó que deberían introducirse modificaciones, ya que el volumen de casaciones laborales no justificaba la creación de una Sala de Casación Laboral, por lo que recomendó a la Asamblea Legislativa la eliminación de los asuntos laborales y estuvo de acuerdo con la creación de una Sala de Garantías Constitucionales dentro de la Corte Suprema de Justicia, según Arturo Hoyos, dado que " haría más eficaz y especializada la protección de los derechos fundamentales en beneficio de nuestro Estado de Derecho. Además, agilizaría el trámite de los procesos de *Habeas Corpus* y de Amparo, y descongestionaría la justicia ordinaria con lo que se resolverían con mayor

³¹¹ También estuvo respaldada por el Órgano Ejecutivo, presidido por Ernesto Pérez Balladares, cuyo propósito era consolidar su poder político

celeridad los asuntos civiles, mercantiles, penales y contencioso-administrativos³¹² Para este autor el implante de una Sala Constitucional, estaba a tono con nuestra tradición de justicia constitucional y no la comprometería, situación distinta con un Tribunal Constitucional, que es una institución nacida en contextos parlamentarios.

Cumplido todo el procedimiento de formación de leyes, el proyecto fue aprobado, surgiendo la Ley 32/99 de 23 de julio que creó la Sala Quinta de Instituciones de Garantías dentro de la Corte Suprema de Justicia. Con esta legislación se aumentó el número de miembros de la máxima Corporación Judicial del país y se modificó su composición, según los artículos 2 y 3. Se elevarían a doce el número de Magistrados y estaría constituida, así la Sala Primera de lo Civil, la Sala Segunda de lo Penal, la Sala Tercera de lo Contencioso-Administrativo, la Sala Cuarta de Negocios Generales y la Sala Quinta de Instituciones de Garantías. Obviamente, habría tres Magistrados en cada Sala, y la Sala Cuarta estaría conformada por los Presidentes de las Salas. Así, quedó conformada la Corte Suprema de Justicia.

En cuanto a la competencia de la Sala Quinta, dicha ley introdujo la Sección Séptima al Capítulo I del Título III del Libro Primero del Código Judicial, adicionando los artículos 101-A, 101-B y 101-C. Se dispuso que la Sala conocerá de los siguientes asuntos: de la acción de *Habeas Corpus* (reparadores, preventivos o correctivos) presentados contra actos que procedan de autoridades o funcionarios con mando y jurisdicción en toda la República o en dos o más provincias, de la acción de Amparo de Garantías Constitucionales cuando se trate de actos que procedan de autoridades, funcionarios o

³¹² (1999 p.)

corporaciones que tengan jurisdicción en toda la República o en dos o más provincias, de la acción de *Habeas Corpus* o de Amparo de Garantías Constitucionales contra los Magistrados de Tribunales Superiores y Fiscales de Distrito Judicial; de las apelaciones contra los recursos de *Habeas Corpus* o Amparos de Garantías Constitucionales, procedentes de los Tribunales Superiores, y de las peticiones hechas por el Procurador General de la Nación para la filmación, así como para la grabación de conversaciones y comunicaciones telefónicas, cuando se trate de la investigación de delitos graves

Para la mencionada ley son considerados delitos graves aquellos relacionados con el tráfico de drogas y delitos conexos, tráfico de armas y de personas, homicidio o robo con agravantes, secuestro, extorsión, peculado doloso, concusión y corrupción de servidores públicos. La solicitud procederá siempre que existan indicios serios sobre la comisión de los delitos o que se vayan a cometer los delitos listados. Acorde con el texto constitucional se previno que las sentencias que dicte la Sala Quinta son finales, definitivas, obligatorias y no admiten recurso alguno.

Es bueno recordar que la Sala Quinta fue creada en los últimos días de la administración del Presidente Ernesto Pérez Balladares, siendo luego derogada por el gobierno de Mireya Moscoso, mediante la expedición de otra ley aprobada por el Órgano Legislativo. Ella surgió en un contexto muy singular, esto es, en medio del proceso electoral organizado para la época. Por tanto, tuvo su aparición en un periodo de transición entre un gobierno y otro, dentro de un contexto político que trajo consigo la reacción de su derogatoria.

A pesar de las novedosas disposiciones contenidas en la Ley 32/99, a escasos tres meses de su expedición, se dictó la Ley 49/99 de 24 de octubre, mediante la cual quedó abolida la Sala Quinta y cobraron vigencia ciertos artículos del Código Judicial y de la Ley 23/86. Se vino a restablecer la cantidad de integrantes y la división de la Corte Suprema de Justicia, los asuntos atribuidos a su competencia, las reglas aplicables a las acciones de Amparos de Garantías Constitucionales, y se dejó sin efecto los nombramientos de los Magistrados de la Sala Quinta, así como de sus suplentes, ordenándose que los negocios sometidos a la Sala fuesen asumidos por el Pleno de la Corte. Prontamente, la Ley 49/99, fue demandada ante el Pleno de la Corte Suprema de Justicia, pues se consideraba que se vulneraba el texto constitucional.

Doce años después de su promulgación, se declara inconstitucional la Ley que hizo desaparecer la Sala Quinta, mediante la sentencia de 25 de enero de 2011. De manera breve, se presenta un extracto de los fundamentos y reparos hechos en dicha resolución judicial, los cuales tienen una significativa importancia para los efectos de esta investigación.

Para la mayoría del Pleno de la Corte, el acto de derogatoria de una Sala dentro del Órgano Judicial, conlleva una clara intromisión de uno de los Poderes del Estado dentro de otro, puesto que no existe en la Constitución precepto alguno que faculte a la Asamblea Legislativa para eliminar una Sala de la Corte Suprema de Justicia.

De acuerdo con el fallo en cuestión, "*la Ley 49/99 que dispuso la supresión y eliminación de la Sala Quinta de Instituciones de Garantía y deja sin efecto los cargos de los tres Magistrados, vulnera directamente lo establecido en el artículo 203 de la*

Constitución Política" Se llegó a esta posición porque *"el precitado artículo 203, tal como está redactado, nos conduce a la lógica conclusión de que la Ley tiene la facultad de aumentar el número de Magistrados de la Corte, al poder crear Salas nuevas, pero de ninguna manera puede disminuir el número de Magistrados ni suprimir las Salas que ya han sido creadas, porque tal precedente sería pernicioso y perjudicial para la estabilidad jurídica de esta Corporación de Justicia"* La derogatoria de la Ley 32/99, se hizo contraviniendo el texto constitucional vigente, tomando en cuenta esta interpretación del Pleno

También en el fallo analizado se expuso que la declaratoria de inconstitucionalidad de una norma, acarrea como consecuencia que las normas derogadas recuperan su vigencia, por razón del fenómeno de la reviviscencia de una ley derogada³¹³, reconocido por la Sala Tercera de la Corte, en la Sentencia de 31 de enero de 1994, cuando se dijo que *"el fenómeno de la reviviscencia o recuperación de vigencia de una ley se produce cuando una ley es derogada por otra ley que posteriormente es declarada inconstitucional"*

Basado en lo anterior, el Pleno de manera categórica sostuvo que *"al declararse la inconstitucionalidad de las normas anteriormente indicadas, queda expresamente vigente*

³¹³ En la doctrina científica, esta problemática ha sido abordada por Luis Díez-Picazo, cuando destaca que "el otro grupo de supuestos en que surge la duda acerca de la reversión del efecto derogatorio es, tal como se apuntó, el de la invalidez de la ley derogatoria ¿Provoca la declaración de inconstitucionalidad de la ley –el caso de la declaración de ilegalidad del reglamento sería análogo– la reviviscencia de la ley por aquella derogada? Antes de intentar ofrecer una respuesta, es preciso una aclaración. El interrogante sobre la reviviscencia de la ley derogada como consecuencia de la declaración de inconstitucionalidad sólo se plantea, en rigor, en aquellos ordenamientos en que dicha declaración de inconstitucionalidad lo es de nulidad y, por tanto, opera *ex tunc*. En el sistema *kelseniano* puro, donde inconstitucionalidad equivale a derogación, no hay lugar, por definición para la reviviscencia, o, si se prefiere, el problema se planteará en idénticos términos a los ya analizados hace un momento en sede de derogación de la derogación, por lo que no cabrá reviviscencia *stricto sensu*. Tampoco parece que en el sistema norteamericano de jurisdicción constitucional difusa quepa la reviviscencia, ya que allí la declaración de inconstitucionalidad no tiene formalmente eficacia anulatoria, sino de mera inaplicación". Y, al referirse al modelo español, el citado tratadista agrega que "Así, pues hay que partir del dato de que, en el Derecho español, la declaración de inconstitucionalidad conlleva la declaración de nulidad de la ley, tal como indica el art 39.1 LOTC. De aquí se desprende, en buena lógica, la reversión del efecto derogatorio y la consiguiente reviviscencia de la ley derogada, ya que *quod nullum est nullum effectum producit*. Si la ley derogatoria resulta ser inconstitucional y nula y, por tanto, son anulados todos sus efectos, también debe caer su efecto derogatorio, que no es, tal como se vio en su momento, sino un efecto normativo más de la ley. La declaración de inconstitucionalidad de la ley derogatoria, de este modo, sería un supuesto de reviviscencia de la ley en sentido propio, ya que aquí la recuperación de la vigencia no procede de un nuevo acto positivo de ejercicio de la potestad legislativa –como ocurre en la derogación de la disposición derogatoria–, sino de la propia ley derogada. Al desaparecer el efecto derogatorio, la ley derogada, por sí sola, recupera la vigencia que aquél había hecho cesar" (1990 pp 250-251)

la Ley No 32 de 23 de julio de 1999, mediante la cual se creó la Sala Quinta de Instituciones de Garantía, en virtud de lo cual, dado el hecho de que los periodos constitucionales de los tres (3) primeros Magistrados, culminaron el último día de diciembre de 2004, 2006 y 2008, respectivamente, se pone en conocimiento de la autoridad nominadora que, puede proceder al nombramiento de los tres (3) nuevos Magistrados que han de integrar la Sala Quinta de Instituciones de Garantía de la Corte Suprema de Justicia, con sus respectivos suplentes, " Este es un efecto concreto de la decisión adoptada por la mayoría del Pleno

La referida declaratoria de inconstitucionalidad no alcanzó el artículo 5 de la Ley 49/99, acusada por los demandantes. puesto que dicha norma *"ha salido del nuestro ordenamiento jurídico, en virtud de la expedición de la Ley No 54 de 28 de septiembre de 2009"*; surgiendo el fenómeno de sustracción de materia, reconocido en el pronunciamiento que es objeto de análisis

Uno de los miembros del Pleno se apartó de la decisión mayoritaria, aunque es partidario de *"la existencia de una Sala en la Corte que aborde los temas propios de la salvaguarda de las Garantías Constitucionales Primarias, la demanda de inconstitucionalidad que se decide mediante la Sentencia de 25 de enero de 2011, no hace referencia a la conveniencia o no de una Sala de Instituciones de Garantía, sino a la constitucionalidad de la Ley que dispuso su derogatoria"*

Los criterios del disidente, recogidos en el salvamento de voto, se circunscribían a defender el ordenamiento jurídico vigente puesto que la cuestionada potestad legislativa, ejercida por el Órgano Legislativo, está definida y dispuesta en la propia Constitución,

por lo que es perfectamente posible, de acuerdo con el diseño constitucional, que la Asamblea Legislativa derogue el Código Judicial con una ley, pero ello no conlleva la supresión de una Sala en la Corte.

Así, al no encontrar asidero constitucional la propuesta de la sentencia disidente, se dijo que *"la posición mayoritaria responde más bien a un criterio de activismo judicial, que apuesta a la necesidad de interpretaciones progresistas e integradoras del ordenamiento constitucional, cuando ello resulte necesario para acometer situaciones que no se encuentran expresamente previstas Sin embargo, debe recordarse que el activismo judicial tiene sus limitaciones, una de las cuales es la letra y la interpretación sistemática de la Ley y, además, exige del intérprete constitucional un despliegue de argumentación jurídica y sustentación normativa, que no encuentro en la Sentencia que antecede"* Tampoco resultan inconstitucionales el resto de las disposiciones legales acusadas, excepto el artículo 28 de la Ley 49/99, ya que la Constitución establece que le corresponde a la Ley determinar la división de la Corte Suprema de Justicia Este razonamiento no era extensivo a la norma que dejó sin efecto el nombramiento de los designados Magistrados de la Sala Quinta

En cuanto a la reviviscencia de la Ley 32/99, derivada de la declaratoria de inconstitucionalidad, finalmente, se debió explicar mejor el limitado desarrollo que tiene ese fenómeno jurídico en la jurisprudencia nacional, tanto de la Sala Tercera de la Corte Suprema como en el Pleno que poco o nada ha manifestado al respecto, tal como se expuso en la disidencia.

El problema generado con el tema tratado, claro está, puso en evidencia la urgencia de reformar el texto constitucional vigente, en materia judicial, específicamente en cuanto a la creación y abolición de una Sala dentro de la Corte Suprema de Justicia. Al margen de las consideraciones políticas porque se debatirían nombramientos de nuevos Magistrados en la Corte Suprema de Justicia, se desprenden interesantes preguntas como ¿Qué disposiciones jurídicas le sirvieron de fundamento al Pleno para establecer la reviviscencia de la ley derogada, estando vigente el artículo 37 del Código Civil?, ¿Qué modelo de control constitucional rige en Panamá?, ¿Es posible que el Pleno de la Corte imponga la retroactividad en sus decisiones cuando resuelve la inconstitucionalidad de una Ley? Estas interrogantes ponen de manifiesto las implicaciones jurídicas y políticas que derivan de la controversial sentencia de inconstitucionalidad proferida por el Pleno de la Corte Suprema de Justicia.

En tal sentido, entre nosotros se viene sosteniendo que la sentencia de 25 de enero de 2011, donde queda aparentemente rehabilitada la Sala Quinta en la Corte Suprema y revivida la legislación que le dio vida jurídica, se dictó con prescindencia del derecho interno y tuvo como fuente una doctrina que no tiene cabida en Panamá. Por ello, no es posible designar los integrantes de la Sala de Garantías Constitucionales, ni a los suplentes, dado que no puede ser aplicada dicha normativa.

Como se expuso el comentado fallo no contribuyó a esclarecer cuestiones jurídicas como los límites constitucionales del legislador, la independencia judicial, la separación de los poderes del Estado y el fenómeno de la reviviscencia de la ley, las cuales han sido tratadas con suficiencia en otras latitudes. En mi opinión, el fallo resulta desafortunado y

poco aleccionador dado que pudo ocuparse con maestría de los problemas sometidos a escrutinio constitucional. Por ende, a pesar de esa lamentable decisión la Sala Constitucional es una necesidad en la vida nacional.

Tras recordar la doctrina constitucional sentada, el día 4 junio de 1991, Hernán Bonilla Guerra, afirma que "ciertamente, la invocación hecha por esa mayoría del Pleno de la Corte, de la sentencia de 31 de enero de 1994 de la Sala Tercera de la Corte, sobre legalidad y sin fuerza normativa, no sólo fue un dislate sino además, innecesaria; porque, una sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Corte, no sirve de fundamento jurídico de una posterior sentencia de inconstitucionalidad que dicta el Pleno de la Corte Suprema de Justicia con absoluta independencia de lo que resuelvan las Salas de la Corte sobre asuntos de legalidad"³¹⁴. La sustentación doctrinal y jurisprudencial, desarrollada en el fallo cuestionado, puede calificarse como un verdadero absurdo jurídico.

Como quiera que las leyes no son inderogables, sino por el contrario, pueden ser modificadas, reformadas y derogadas, el acto donde se aumenta o disminuye el número de Salas y Magistrados en la Corte Suprema de Justicia, no riñe con la normativa constitucional, según el citado autor, cuando explica que " de acuerdo con el numeral 1 del artículo 159 de la Constitución, la Asamblea Nacional es libre y no tiene impedimento de ninguna clase, para modificar, reformar o derogar los Códigos Nacionales, incluido el Código Judicial. Por tanto, cuando la Ley No 49 de 24 de octubre de 1999, en su artículo 1, decretó lacónicamente 'Se deroga, en todas sus partes la Ley

³¹⁴ (2011 p 17)

32 de 1999', no se violó ninguna disposición constitucional, porque esa potestad legislativa deviene autorizada directamente a la Asamblea Nacional por la Constitución y, por ello, no es susceptible de control jurisdiccional"³¹⁵ Lógicamente, la decisión mayoritaria del Pleno, contravino el valor jurídico asignado a las sentencias constitucionales, puesto que ellas no producen efectos retroactivos, lo cual reveló una argucia cuando impuso una doctrina que no tiene cabida en Panamá, tal como concluye el ensayo citado

De acuerdo con el planteamiento sobre la actuación arbitraria y falsa de la mayoría del Pleno, contenida en la sentencia de 25 de enero de 2011, Miguel Antonio Bernal, advierte que "en estricto sentido, la Ley 32 de 1999 no ha recobrado su vigencia y que la Sala Quinta no ha vuelto a la vida jurídica por la falta de una nueva ley que reviva su vigencia"³¹⁶, según el documento enviado al diputado que había propuesto el restablecimiento de la Sala Quinta, mediante la expedición de una nueva ley. Entre los cargos de antijuridicidad encontrados, previamente, este autor llegó a mencionar que una resolución judicial no es el instrumento idóneo para apocar o restringir los Códigos Nacionales, que la autoridad de cosa juzgada constitucional ha sido desconocida, al imponerse la reviviscencia de la Ley 32/99, que el sistema constitucional vigente fue burlado cuando se atribuyó efectos retroactivos a una sentencia constitucional. Así, se violaron ciertas disposiciones constitucionales y legales. (Vgr, los artículos 159 I, 206 y 210 de la Constitución Política, 2573 del Código Judicial y 37 del Código Civil)

³¹⁵ (Ibíd p 20)

³¹⁶ (Op Cit pp 57-59)

Carlos Herrera Morán, puso al descubierto el fraude de la Sala Quinta, cuando dijo que ella "es producto de un sofisma que se comenzó a planear en 1992, y luego se perfeccionó en la Sentencia de 27 de octubre de 1993 de la Sala Tercera de lo Contencioso-Administrativo, y se repitió en su Sentencia de 31 de enero de 1994" Tras el estudio de la doctrina española sobre el fenómeno de la reviviscencia de la Ley derogada, sostuvo que se dio un artificio procesal, antijurídico, al reconocerse un efecto retroactivo a dicha sentencia, y haber aplicado incorrectamente "la Ley española, en Panamá, y con amañamiento de su doctrina"³¹⁷ Incluso, se admitió que el verdadero problema de la Sala Quinta era la búsqueda de la concentración del poder excesivo del Presidente de la República, tal como se dijo arriba

Con respecto a la reviviscencia de la Ley, problemática derivada de la declaratoria de inconstitucionalidad de la Ley 44/99, Rigoberto González Montenegro, sostiene que "el modelo de justicia constitucional adoptado en Panamá no permite la reviviscencia de la ley desde la óptica del control de la constitucionalidad"³¹⁸ Esa afirmación responde categóricamente una de las interrogantes formuladas sobre ¿si es o no viable que la Corte Suprema de Justicia disponga la reviviscencia de la Ley derogada?, lo opuesto entrañaría una decisión contraria a derecho (*contra legem*), dado que las sentencias constitucionales no producen efectos retroactivos y ello pasaría por alto del sistema constitucional vigente en el país

En otra parte de su detallado estudio sobre el tema, dicho autor explica que las reglas sobre la reviviscencia de la ley derogada, están contempladas en el artículo 37 del Código

³¹⁷ (Ibid pp 23-38 y 2012 p 15-A)

³¹⁸ (2012 p 54)

Civil, al disponerse que ella recobrará su vigencia cuando aparezca reproducida en una nueva ley o cuando una la ley posterior establezca expresamente que ella recupera su vigencia, esto es, que no existe la posibilidad de una "reviviscencia automática, por más que se haya derogado la ley que dejó sin vigencia la primera ley o que en la misma se diga que aquella recobra su vigencia"³¹⁹ Así las cosas, la ley derogada podrá recobrar su vigencia cuando se cumplan los parámetros fijados en el artículo 37 del Código Civil, o sea, la autoridad que dispuso su derogatoria establezca que ella recupera su vigencia o reviva en sentido jurídico, según el término acuñado por la legislación y doctrina española

También cuestiona la mención que hizo el Pleno sobre la posición de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, respecto del recobro de la vigencia de una ley derogada, plasmada en varias sentencias de legalidad, ya que su criterio no es válido ni sirve de sustento a un fallo de constitucionalidad porque ésta atribución le corresponde a la Corte en Pleno, no a esa instancia judicial

Efectivamente, luego de analizar tres fallos sobre legalidad donde se debatía la recuperación de la vigencia de una ley derogada, (27 de octubre de 1993, 31 de enero de 1994 y 24 de mayo de 1994), este autor dijo que "la Sala Tercera emitió unos criterios jurisprudenciales para sustentar la viabilidad, en nuestro sistema de justicia constitucional, la reviviscencia de una ley derogada, por la que se declara inconstitucional sin tomar en cuenta que, quien resolvió tal inconstitucionalidad, en este caso el Pleno de la Corte, no aludió en su sentencia a tal situación y que, para que una ley que había sido

³¹⁹ (Ibíd p 45)

derogada, por lo que se declara inconstitucional, recobre su vigencia, se le tiene que dar efectos retroactivos a la sentencia en la que se dispone dicha inconstitucionalidad"³²⁰. Por ello, concluye que "es al Pleno de la Corte Suprema de Justicia al que está atribuido el control concentrado de la constitucionalidad, no se explica cómo una de sus Salas, específicamente la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo, fue la que terminó atribuyéndose una facultad que no le competía, como fue el caso de manifestar que, por razón de haberse declarado inconstitucional una ley que había derogado otra, se producía la reviviscencia de la ley que estaba derogada"³²¹. Es claro que se produjo una arbitraria e indebida interpretación por parte de la Sala Tercera, máxime que soslayó el sistema de control constitucional que todavía impera en nuestro ordenamiento jurídico, puesto que esa atribución o función le compete privativamente a la Corte Suprema de Justicia, en Pleno

Y a propósito de las repercusiones políticas, es claro que este polémico tema, no deja de tenerlas porque se trata de controversias del más alto nivel jurídico, donde se debate la confirmación o la expulsión de una ley del sistema normativo. Con buen tino, el citado autor expresa que "la incidencia en el plano político se produce desde el momento mismo en que, a través del control de constitucionalidad, lo que se cuestiona no es más que la validez constitucional de las leyes emanadas del órgano constitucional cuyos integrantes son elegidos, como resultado de todo un proceso electoral respaldado por el voto

³²⁰ (Ibid p 90)

³²¹ (Ibid pp 100-101)

mayoritario de los ciudadanos"³²² Con mayor detenimiento y alcance, dentro de una publicación posterior, se explica que "las implicaciones políticas del control de constitucionalidad, esto se produce desde el momento en que la declaratoria de inconstitucionalidad, con respecto a la ley, recae sobre el ejercicio de una actividad, la legislativa, que tiene como presupuesto previo que quien ha aprobado la ley lo ha hecho, no solo por estar constitucionalmente facultado para ello, sino por contar con una mayoría de miembros en la Asamblea o Parlamento, quienes gozan de una legitimidad democrática en función de un respaldo popular"³²³ Obviamente, todo este complejo asunto debe ser ventilado ante una entidad de gran poder, como es la máxima autoridad judicial de un país, normalmente, su Tribunal Constitucional

Finalmente, el Órgano Legislativo deroga la Ley 32/99, tras la aprobación de la Ley 53/12 del 30 de octubre que deja sin efecto la Sala Quinta, como consecuencia de las presiones de grupos organizados como los sindicatos, partidos políticos, gremios de particulares, etc , opuestos principalmente a la designación de tres Magistrados en la Corte Suprema de Justicia, en la mencionada Sala de Instituciones de Garantías, manteniéndose en esa materia la competencia privativa del Pleno Este último instrumento legal consta de dos (2) artículos solamente. el cual comenzó su vigencia a partir de su promulgación, el cual fue presentado por la Corte Suprema de Justicia, ejerciendo sus facultades constitucionales

³²² (ibid p 99)

³²³ (2013 p 42)

3.3. Situación actual de la eficacia de los derechos fundamentales del trabajador

Después de presentado el breve estudio donde se constata la abundante y disgregada normativa reguladora e insuficiente protección procesal de los derechos fundamentales del trabajador, en nuestro medio, debo poner de relieve el escaso e inadecuado tratamiento que ha tenido la jurisprudencia nacional sobre la problemática de la *Drittwirkung Der Grundrechte*, a diferencia de lo que ocurre en otras latitudes donde existen múltiples estudios dogmáticos e interesantes pronunciamientos judiciales sobre esta pieza clave del Estado Constitucional del Derecho. Esta temática es comprendida y atendida suficientemente en el ordenamiento jurídico extranjero, según se observa en las explicaciones de la doctrina científica.

Entonces, se puede decir que la vigencia y eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones laborales constituyen temas que han sido objeto de escaso desarrollo en Panamá. No se registra un tratamiento uniforme de esta temática en la justicia laboral ni en sede constitucional, lo que equivale a decir que no se presenta un enfoque apropiado de los efectos frente a terceros de los derechos fundamentales, tesis originada durante los años cincuenta dentro la jurisdicción laboral y luego trasladada al plano de la justicia constitucional en Alemania, cuando se llegaron a aplicar directamente los derechos consagrados en la Constitución a las relaciones entre particulares.

No obstante, se impone el análisis de las pocas decisiones de los tribunales especializados y las primeras elaboraciones de la máxima autoridad judicial del país, relacionadas con la eficacia horizontal de los derechos fundamentales en el ámbito laboral, a pesar de la limitada tutela de los derechos fundamentales inespecíficos en la legislación panameña.

331. *Escaso o ausente debate de la problemática de la vinculación de los derechos fundamentales entre particulares en los tribunales laborales y en el plano constitucional*

La extensión de los derechos fundamentales a las relaciones laborales no ha sido tratada con profundidad dentro de la jurisdicción de trabajo, tal como se desprende del análisis de las resoluciones dictadas por los distintos órganos que la conforman y de los escasos fallos del Pleno de la Corte Suprema de Justicia, cuyo contenido se presenta enseguida

Con distintos argumentos, el Tribunal Superior de Trabajo del Primer Distrito Judicial de Panamá, en lo sucesivo TSTPDJ, ha estimado justificado el despido motivado por el envío o recibo de correos electrónicos, cuyo contenido incluya materiales pornográficos, por cuanto representan actos o conductas de los trabajadores que atentan contra las buenas costumbres y la moral laboral y, además, suponen el uso inadecuado del equipo de trabajo, perteneciente a la empresa que es entregado o suministrado para la realización de las labores, en virtud de las obligaciones establecidas en la Ley. Los pronunciamientos de ese tribunal especializado llegaron a dictarse en los procesos provenientes de las Juntas de Conciliación y Decisión, por razón de los recursos de apelación interpuestos contra las decisiones de primera instancia

En la sentencia del 19 de abril de 2001, se le atribuyó al trabajador la conducta de acoso sexual, tras el envío de material irrespetuoso por correo electrónico, no pudiendo el trabajador demostrar en el proceso que no fue él la persona que enviara el material obsceno a su compañera de labores que tenía una inferior jerarquía en el centro de trabajo, por lo que fue declarado justificado su despido. Con la sentencia de 20 de octubre

de 2006, a propósito de esa causal de despido, la autoridad judicial sostuvo que enviar fotos con contenido pornográfico por correo electrónico, con el equipo de la empresa, es un acto reprochable que rife con la moral laboral. Y, finalmente, según la sentencia del 19 de junio de 2007, se valida el despido hecho al trabajador que reincidiera en utilizar el equipo de computadora de la empresa para ver y revisar pornografía o material sórdido, durante horas laborales, lo cual implica el uso indebido del equipo de trabajo y de paso una conducta inmoral

En ninguno de los casos juzgados, en la esfera laboral, los litigantes cuestionaron la ilegalidad del procedimiento empleado en la obtención de la información relativa al material sórdido enviado o recibido en las comunicaciones electrónicas. lo cual hubiera permitido el examen sobre la violación de la correspondencia privada y la intimidad, y referirse a la ponderación judicial de los derechos fundamentales enfrentados o intereses en pugna.

Ante el alcance general y el efecto normativo hacia el futuro de los fallos en materia de constitucionalidad, resulta interesante el examen de uno de los más reciente, relacionado con el problema planteado, pese a que su antecedente se dio fuera de la órbita del Derecho del Trabajo, pues fue dictado a raíz de una actuación en la esfera penal

Dicho pronunciamiento se produjo por la acción de inconstitucionalidad promovida contra la destitución de un funcionario del Ministerio Público, acusado por actos de corrupción, argumentándose que las intervenciones telefónicas realizadas fueron ordenadas, al margen de las formalidades establecidas en el artículo 29 del texto constitucional, por lo que dicha actuación carecía de validez. Por tanto, las pruebas

desahogadas o practicadas se obtuvieron indebidamente, lo cual constituye un delito inclusive

En efecto, el Pleno de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia del 17 de julio de 2007, referida a uno de los derechos fundamentales de titularidad genérica, ha expresado que " *las comunicaciones privadas –de cualquier índole- son inviolables y no podrán ser interceptadas o grabadas, sino por mandato de autoridad judicial conforme los artículos 29 y 32 de la Constitución Política*" La mayoría del Pleno sostuvo que las intervenciones y grabaciones de las comunicaciones telefónicas y las revisiones de las correspondencias privadas de cualquier naturaleza sólo pueden ser decretadas por razón de las potestades exclusivas que tiene el Órgano Judicial, entendido como el único ente autorizado para ordenar tales actuaciones, tal como sostuvo un respetado sector de la doctrina nacional³²⁴ donde no hay uniformidad por tratarse de un tema polémico³²⁵

³²⁴ Vid Muñoz Pope, Carlos Enrique destaca que sólo la autoridad judicial puede ordenar o autorizar las escuchas o grabaciones de las comunicaciones privadas, pues ésta es una de las modificaciones más importantes de cara al proceso penal, en virtud de la norma constitucional que sanciona con privación de todo valor la obtención o examen de la correspondencia y demás documentos privados sin autorización judicial respectiva, lo que se extiende a la ineficacia y no se está en presencia de pruebas prohibidas en sentido estricto de la expresión, es decir, las pruebas así logradas son ineficaces o sin valor alguno si se obtienen desconociendo las exigencias constitucionales (2008 pp 58-63) También Fernández Echeverría, Oswaldo expuso que el debate sobre la jurisdicción de las intervenciones telefónicas ordenadas por el Procurador General de la Nación pasa por la determinación de la naturaleza jurídica del Ministerio Público, institución que no es parte del Órgano Judicial y no puede ejercer esa función constitucional (2006 pp 127-130)

³²⁵ Vid Arjona Lopez, Adán Arnulfo destaca que la modificación constitucional que exige mandato de autoridad judicial al momento de autorizar la interceptación o grabación de las comunicaciones privadas puede haber dado origen a alguna contradicción con normas legales preexistentes, como es el caso de la facultad conferida al Procurador General de la Nación para autorizar la filmación y grabación de conversaciones de conformidad con lo dispuesto en el artículo 26 de la Ley 23 de 1986. Se trata de un tema potencialmente polémico, pues podría argumentarse que los agentes de instrucción del Ministerio Público no son autoridades estrictamente judiciales en la medida que esta última son las que definen de manera cierta y definitiva la existencia o inexistencia de un determinado derecho o status legal, atributo con el que no cuentan los integrantes del Ministerio Público. Finalmente, precisa que otra de las innovaciones que trae el pliego de reformas constitucionales es el agregado incorporado al artículo 29 que establece la ilicitud de los medios de convicción probatoria adquiridos en contravención de las exigencias instituidas para proteger la inviolabilidad de la correspondencia y de las comunicaciones privadas, estableciendo que por vez primera es reconocido un precepto de esa jerarquía (2008 pp 7-8) González Montenegro, Rigoberto reconoce que el tema debatido en el referido fallo es polémico y de gran importancia, pues implica la restricción de un derecho fundamental, como lo es la inviolabilidad de las comunicaciones privadas, la cual puede ser impuesta únicamente por la autoridad judicial, condición que no tienen los agentes del Ministerio Público, con lo cual queda establecida la naturaleza de esa institución (2008 pp 7-27)

No obstante, cabe reseñar las apreciaciones de los miembros del Pleno que se apartaron de la decisión mayoritaria, expresadas en su salvamento de voto, debido a la importancia que guardan con la presente investigación aun cuando se trate de opiniones disidentes

Al distanciarse de la posición mayoritaria, uno de sus integrantes expuso que se hizo un marcado énfasis en los efectos de insubsanabilidad de la diligencia probatoria sobre la causa penal y la exigencia de un desarrollo legal para la aplicación de la norma constitucional interpretada, a pesar que se daba una interpretación cónsona con la protección y vigencia de los derechos fundamentales de los particulares, refiriéndose a la víctima del delito investigado puesto se sabe que el autor del supuesto hecho criminoso era un agente del Ministerio Público. En cuanto al primer extremo se dijo que la ilicitud de la prueba, calificada como insubsanable, debe circunscribirse a la diligencia atacada, cuyo efecto retroactivo fue declarado por la naturaleza individual del acto inconstitucional. Con respecto al otro aspecto se debió expresar que la norma constitucional interpretada debe y puede ser aplicada directamente, a través de un mecanismo procesal sencillo en el que, según la competencia puedan las autoridades judiciales, revisar y conceder o no la autorización que la Constitución exige, en los delitos que por su gravedad, ameriten tal restricción al derecho fundamental, y previo cumplimiento de las exigencias esenciales de tales diligencias

En el otro salvamento de voto, se expusieron razonamientos interesantísimos para cualquier estudioso del derecho, puesto que se hizo gala de una brillante precisión conceptual que va desde la semántica de la configuración jurídica, su evolución y desarrollo legislativo y jurisprudencial, hasta llegar a la determinación del verdadero

sentido y alcance de la norma constitucional interpretada indebidamente, a juicio del disidente que no estuvo conforme con el criterio de la mayoría

En tal sentido, quedó establecido que la fórmula prevista en el artículo 29 del texto constitucional lo que pretende es que ninguna autoridad distinta al sector justicia pueda realizar actuaciones que afecten o comprometan la garantía fundamental de la inviolabilidad de las comunicaciones privadas, ya que solamente las autoridades judiciales están facultados para efectuar interceptaciones o intervenciones a las comunicaciones privadas, siempre que se enmarquen dentro del repertorio de atribuciones jurisdiccionales exclusivas de los tribunales de justicia. En consecuencia, se distinguen los conceptos autoridad judicial y tribunal de justicia, donde se cumplen funciones jurisdiccionales estrictamente, precisando que los agentes del Ministerio Público, indudablemente ejecutan actos judiciales donde participan e intervienen dentro de procesos de naturaleza judicial, dado que pertenecen al sector justicia, según la realidad constitucional y legal en nuestro medio, pero no cumplen normalmente atribuciones jurisdiccionales en el estricto sentido del término y que se diferencian de las actuaciones de otras autoridades como las policivas, administrativas y legislativas, entre otras

Partiendo de la premisa que los actos de los Tribunales y de los agentes del Ministerio Público comparten naturaleza especial, satisfaciendo las exigencias del artículo 29 de la Constitución Política, se estima que el otorgamiento de la autorización para interceptar las comunicaciones privadas es una cuestión que debe ser desarrollada por el legislador de acuerdo a las necesidades y opciones que juzgue conveniente ante las circunstancias

ofrecidas por la realidad, siendo varias las advertidas y experimentadas en la evolución descrita. No obstante, dispondrá la Ley como tendrá que aplicarse el precepto constitucional tildado de ser violado o desconocido.

Por esas razones se sostuvo que no hubo infracción de la disposición constitucional examinada, puesto que se dio el consentimiento de la supuesta víctima de la conducta criminal investigada para que fuera intervenida la comunicación privada sostenida con el funcionario público acusado de actos de corrupción. Además, se dijo que frente al vacío normativo existente en la actualidad, en lo que respecta al sistema de ejecución de la interceptación de las comunicaciones privadas, no resultaba prudente ni conveniente decretar la inconstitucionalidad solicitada debido al precario y equivocado fundamento jurídico invocado y por el impacto que tendría sobre esa y las otras investigaciones para identificar y sancionar a los posibles responsables de la comisión de eventuales delitos graves y sensitivos.

Me interesa rescatar dos importantes razonamientos incluidos en la sentencia dada su trascendencia e incidencia en todo el campo del derecho. En primer lugar, lo concerniente a que el único ente jurídico facultado o habilitado para realizar u ordenar la intervención o interceptación de las comunicaciones privadas, cuya inviolabilidad supone una garantía fundamental en nuestro ordenamiento constitucional, es el órgano judicial cuyo significado ha sido definido y precisado de acuerdo con el criterio dominante. Por tanto, no pueden o deben los particulares –entre ellos los empresarios- ni ningún otro sujeto realizar actos tendientes a revisar o controlar las comunicaciones privadas cualquiera que sea la forma de ésta (vía telefónica, emails o de modo epistolar), puesto que ello

entrañaría una vulneración del derecho fundamental. En segundo lugar, que los derechos fundamentales reconocidos en el ordenamiento constitucional pueden y deben ser aplicados directamente, mediante un mecanismo procesal sencillo que permita su efectiva tutela judicial, sugiriendo que este tema sea regulado en nuestro sistema jurídico

Con posterioridad a dicho fallo, el debate de la extensión de los derechos fundamentales a las relaciones laborales, reaparece ante la máxima autoridad de justicia del país, esta vez, por razón de un amparo de garantías constitucionales presentado por una trabajadora que alegaba la vulneración de la inviolabilidad de su correspondencia privada, la cual había sido revisada sin su permiso y sin autorización judicial. Sin considerar la envergadura de lo planteado, en la sentencia del 22 de febrero de 2010, el Pleno de la Corte Suprema de Justicia mantuvo el excesivo formalismo que reina en materia de amparo, pese a que se había adoptado, en el 2009, un acuerdo donde se flexibilizaba el sistema cerrado y formalista. Lo que se buscaba no era determinar el sentido y alcance de la norma constitucional invocada sino su estricta aplicación, acatamiento u observancia, cuestiones distintas desde el punto de vista de la metodología del derecho³²⁶, lo cual fue soslayado por las autoridades judiciales, cuando impusieron su desacertado criterio jurídico. Es bueno recordar que todos los órganos de la jurisdicción panameña están obligados a cumplir y hacer cumplir los preceptos y normas constitucionales, en tanto la máxima

³²⁶ Vid., las explicaciones de Manuel Alonso García, relativas al método de interpretación y aplicación, donde distingue claramente esas dos operaciones jurídicas desde el punto de vista metodológico, las cuales implican el conocimiento previo de la norma, por lo que muchas veces sea difícil separar conocimiento, interpretación y aplicación, existiendo entre ellas una especie de unidad interna, que hace de ambas operaciones dos momentos de un mismo sentido, de una única finalidad. La interpretación del derecho trata de investigar el sentido de una norma, en tanto que la aplicación del mismo se dirige a la individualización de ésta. (El Método Jurídico y su Aplicación al Derecho del Trabajo, Editorial Reus, Madrid, 1959, pp 84-85). En la obra interpretación y aplicación de las normas laborales, recientemente, Carlos Alberto Etala sostuvo que ambas problemáticas son tan viejas como el derecho y conforman una técnica jurídica que pertenece a la teoría general del derecho, debiendo ser comprendida por los abogados, jueces y estudiantes, dada su implicación en las controversias sobre las cuales se derrama su esencia. (Interpretación y aplicación de las normas laborales, Editorial Astrea, Argentina, 2004, pp 1-57)

autoridad judicial del país a desentrañar su sentido y alcance, no siendo esto último lo pretendido ni reclamado

La mayoría del Pleno de la Corte Suprema de Justicia, en esta ocasión, dijo que no hacer mención expresa de la imposibilidad de aportar el acto impugnado hace imposible darle curso a la acción constitucional entablada donde se cuestionaba el despido de una trabajadora, cuya correspondencia había sido revisada e interceptada, sin permiso y sin autorización judicial

No obstante, uno de los miembros de esa Corporación Judicial puso de relieve que el propio Pleno ya había dispuesto que era innecesario aportar la orden impugnada para que se admitiera el amparo de garantías, según el recién acuerdo, que la deficiencia formal era subsanable y podía imponerse la corrección de la demanda, que la omisión advertida se colmaría con el informe de rigor que tendría que rendir la autoridad demandada; y que la posición adoptada entorpecería la defensa de los derechos fundamentales dentro de las relaciones laborales. Por todo ello, se apartó de la decisión mayoritaria, buscando actuar de conformidad con la corriente jurisprudencial que rechaza las intervenciones telefónicas y otras comunicaciones, cuando provienen de personas que no están legitimadas ni autorizadas conforme el estatuto constitucional

El pronunciamiento extractado, y basado en una rigurosa formalidad, vino a mantener la debilitada protección de los derechos fundamentales en el derecho panameño, pues no permitió que fuera revertida la violación o inaplicación de tales derechos en las relaciones laborales, que se observan en las actuaciones judiciales censuradas en las respectivas instancias judiciales donde fue ventilado el caso concreto. En primera instancia, la

Sentencia No. 078-PJCD/1-2009, del 7 de octubre al decretar justificado el despido, llegó a decir que carecía de competencia para efectuar la declaratoria de la infracción de una norma constitucional que había sido invocada y explicada por la trabajadora, cuando presentó su demanda por su despido motivado en la revisión de su correo electrónico y consecuente su correspondencia privada

La parte que interesa de la referida sentencia precisa lo siguiente *"Señala la parte actora que le violaron un derecho fundamental no específico que debe respetarse dentro de la empresa, cuando fue revisada e interceptada su correspondencia en su cuenta de correo, sin orden de autoridad competente y sin que mediara su autorización Al respecto, no corresponde a este Tribunal entrar a conocer sobre la violación a derechos constitucionales alegados por la demandante, toda vez que no somos tribunal competente para ello"* Sin que se cumpliera ningún trámite previo, como era de esperarse según la Ley, el despido fue declarado justificado

En la segunda instancia, el Tribunal Superior de Trabajo del Primer Distrito Judicial de Panamá, TSTPDJ, sin haberse referido a la advertencia hecha por la autoridad inferior que pudo haber provocado la remisión del expediente al Pleno de la Corte por la violación de un derecho fundamental inespecífico de la trabajadora, mediante Sentencia del 29 de diciembre de 2009, confirma la decisión de primera instancia aunque no se demostró el perjuicio sufrido por el empleador con el comportamiento laboral sancionado como lo exige el Código de Trabajo para la configuración de la causal de despido invocada, ni se refinó a los extremos debatidos en el proceso laboral careciendo el fallo de exhaustividad

Sobre el particular he venido cuestionando la jurisprudencia del Tribunal Superior de Trabajo del Primer Distrito Judicial de Panamá, donde se ha negado el ingreso de esa doctrina a los tribunales laborales, y ha reconocido como válida la prueba obtenida en violación de la confidencialidad de la correspondencia privada del trabajador, sea recibida o enviada por su correo electrónico, argumentando que la computadora y el servicio empleado para su funcionamiento es suministrado y pagado por el empleador. Ello es así, puesto que habiéndose establecido que las comunicaciones privadas son inviolables según la cobertura constitucional vigente y que su interceptación o intervención al margen de configuración está castigada como un delito.

Entonces, se refleja una posición vacilante, cuando no ausente, sobre la protección de la ciudadanía en la empresa, puesto que se desconoce la validez de los derechos fundamentales del trabajador en el ámbito laboral, no así de los poderes empresariales, tal como sostuve en una publicación anterior.³²⁷ La falta de comprensión pasa por las distintas posiciones sobre la naturaleza jurídica de la prueba obtenida para acreditar la información o comunicación, enviada o recibida por correo electrónico, considerada documentos privados o pruebas científicas, fuera que ni siquiera son ponderados o modulados los derechos fundamentales enfrentados, como sucede en otras latitudes. Por ende, se advierte un tratamiento deficiente de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales dentro de la jurisprudencia laboral.

³²⁷ Vid., el escrito por mí preparado donde se expuso una aproximación al tema de la *Dritwirkung der Grundrechte* en la jurisdicción laboral y, a su vez, se puso de manifiesto la inconsistencia de los argumentos por nuestros jueces de trabajo (2010 pp 41-81). También sostuve que no ha sido uniforme el tratamiento dispensado a esa vieja problemática dentro de los tribunales laborales, pese a la reforma constitucional de 2004 que pudo ser la puerta de entrada para su reconocimiento judicial (2012 pp 171-173).

En cambio, el Tribunal Superior de Trabajo del Segundo Distrito Judicial de Panamá, con sede en Veraguas, le restó validez y eficacia a una prueba obtenida en franca violación de la confidencialidad de la comunicación privada, mantenida por vía telefónica, estimando que se había vulnerado la intimidad de la trabajadora conforme la Sentencia del 6 de enero de 2003, cuyo contenido fue explicado en otra parte de esta investigación.

Por su parte, Carlos Membreño Virgilio, subraya que "los derechos fundamentales no laborales de los trabajadores como la intimidad, el secreto de la correspondencia y demás documentos privados, la propia imagen que están recogidos expresa o implícitamente en la Constitución Nacional, los cuales suelen ser vulnerados dentro de un proceso laboral cuando la prueba es obtenida ilícitamente, pueden ser protegidos mediante los remedios establecidos en el Código de Trabajo y las acciones constitucionales tales como el amparo de garantías o la demanda de inconstitucionalidad"³²⁸ Aparte indica que uno de los medios que tienen los trabajadores para protegerse de las violaciones de sus derechos fundamentales lo constituye el proceso de juzgamiento de faltas, considerando que dicho mecanismo procesal persigue el respeto de la normativa laboral

Desde una perspectiva doctrinal, con respecto a la protección de los derechos fundamentales, Jaime Jované Burgos, considera que la inconstitucionalidad –advertida o accionada formalmente- y el amparo de garantías constitucionales pueden operar cuando se violan esos derechos en el plano laboral aunque resulten insuficientes en nuestro medio, dada su complicada y lenta tramitación, por lo cual "se hace necesario copiar el modelo español que consiste en crear un Tribunal Constitucional, a la par que diseñar un

³²⁸ (2010 pp 14-184)

procedimiento rápido que garantice la tutela judicial efectiva de los derechos fundamentales en el proceso de trabajo"³²⁹. Comparto la opinión y sugerencia que brinda este autor dado que refleja la tendencia moderna en esta materia, ya consolidada en el continente europeo y latinoamericano, pero no concretada en nuestro medio, debido a que su debate está pendiente en la jurisprudencia panameña

Dada la ausencia de normativa específica y constante desprotección de los trabajadores, Virginia Arango Durling, también advierte que debe darse "un necesario debate para incluir tipos penales o delitos ante comportamientos que atenten contra los derechos laborales o contra la dignidad del trabajador"³³⁰, sin perjuicio de las formulaciones contenidas en los artículos 241 y 242 del ordenamiento punitivo vigente, cuyos bienes protegidos aluden a la seguridad social y al orden económico. A tal efecto, el legislador de nuestro país podría seguir la experiencia del régimen español donde opera una acentuada intervención represiva en las relaciones laborales, castigando los ataques contra la libertad sindical y el ejercicio del derecho a huelga, los actos de discriminación en el empleo, la contratación de extranjeros sin permisos de trabajo y las ofensas a la seguridad social

Es oportuno anotar que existen tipos penales que castigan la perturbación o paralización de ciertos derechos fundamentales según el Título Segundo, Libro Segundo del Código Penal. Específicamente, se erigen como delitos las conductas graves que atenten contra la libertad de culto, libertades políticas, libertades de reunión y de prensa, la inviolabilidad del domicilio y del secreto de la correspondencia, y las violaciones contra el honor, de

³²⁹ (2010 p 173)
³³⁰ (2011 pp 1-50)

conformidad con los artículos 151,156,163,164,165,166,167,168,169,170y171 Estas disposiciones legales, en materia penal, tienden a proteger los derechos fundamentales que se consagran en el ordenamiento constitucional (Arts 18, 21, 26, 29, 34 de la CP)

En definitiva, es posible afirmar que la problemática de los derechos fundamentales en el ámbito laboral, no ha despertado ningún interés en la jurisprudencia nacional, debido a la marcada resistencia a la protección social³³¹ y a la falta de activismo judicial Por un lado, es notable la indiferencia y la falta de comprensión por parte de los tribunales laborales, a pesar que los casos sometidos a su escrutinio fueron explicados con claridad, lo que revela un desarrollo escaso o ausente dentro esa jurisdicción especializada más que un tratamiento deficiente Y, por otra parte, es palpable la posición poco garantista y vanguardista dentro de la jurisprudencia constitucional, dado que se mantiene una cerrada orientación en materia de amparo y una restringida concepción del bloque de constitucionalidad, aun cuando se hizo una ligera mención a uno de los aspectos de la teoría de la eficacia frente a terceros de los derechos fundamentales en el fallo comentado antes

Sin que haya tomado en cuenta las reflexiones hechas, acerca de las insuficiencias y omisiones legales en nuestro medio, Boris Barrios González reconoce "el atraso ideológico que tiene la justicia constitucional panameña en la tutela efectiva de los

³³¹ Vid, las tres tendencias concretas, identificadas en nuestro medio, a saber: 1 El estrecho criterio sobre el denominado bloque de constitucionalidad que implica establecer el parametro de enjuiciamiento de juridicidad de las normas y disposiciones juridicas, cuya fórmula no alcanza la normativa internacional contentiva de derechos económicos, sociales y culturales, sino que se aplica a los derechos civiles y políticos, 2 El debilitamiento del derecho de negociación y contratación colectiva que se puso de manifiesto cuando se impuso el cumplimiento de trámites arbitrarios dentro del procedimiento de conciliación como la investigación de la afiliación de los trabajadores, la determinación de la actividad de la empresa sumergida en el conflicto, y 3 La negada aplicación de los derechos constitucionales dentro de la jurisdicción de trabajo como se dijo con anterioridad

derechos fundamentales"³³², en un ensayo reciente, donde no profundiza en los aspectos metodológicos ni filosóficos que envuelve la regulación y aplicación de esta categoría de derechos humanos dado que esas cuestiones fueron estudiadas en otra publicación del citado autor sobre el neoconstitucionalismo

Luego de revisar la doctrina de los tribunales de justicia adoptada en esta materia, y pese a la reforma constitucional de 2004, pienso que es necesario introducir cambios profundos al sistema normativo que rige en Panamá, con el objeto de darle paso expedito a la dimensión subjetiva y objetiva de la teoría de la eficacia frente a terceros de los derechos fundamentales. Esta consideración está fundada en el limitado acceso al sistema de protección de derechos fundamentales del individuo, que no ha variado en el ordenamiento jurídico, desde su configuración y desarrollo como es descrito a grandes rasgos dentro de este estudio

3.3.2 Ciudadanía en la empresa según la propuesta de reforma constitucional de 2012 creación de un Tribunal Constitucional y un completo sistema defensivo

Con la finalidad de corregir las carencias e insuficiencias del régimen constitucional, incluyendo los preceptos aplicables a los derechos de la persona del trabajador, la Comisión Especial de Consulta a las Reformas de la Constitución Política de la República de Panamá, llamada Comisión de Notables, propuso una serie de medidas que renovarían toda la estructura política y jurídica del Estado panameño, conforme el consensuado anteproyecto presentado al Órgano Ejecutivo. No es ocioso señalar que el ordenamiento constitucional vigente debe ser mejorado con un sistema de protección de

³³² (2012 p. 84)

derechos fundamentales que alcance a los trabajadores, mediante el establecimiento de mecanismos e instituciones que permitan su efectivo reconocimiento cuando son ejercidos producto de su vulneración ya sea por actos privados o actuaciones provenientes de servidores públicos

La propuesta contenida en el instrumento elaborado por la referida Comisión, en términos generales, está encaminada a establecer un verdadero Estado democrático, a través del fortalecimiento de los derechos fundamentales y la incorporación de nuevas acciones e instituciones que defienden esos derechos y libertades públicas, mejorando o superando el ordenamiento constitucional vigente. Se implantará un nuevo modelo de organización política, en mi opinión, tendiente a hacer efectivo un sistema de participación ciudadana, propio del Estado Constitucional de Derecho, concretándose una notoria expresión del neoconstitucionalismo.

Los elementos consustanciales de ese modelo político, necesario en nuestro país, son la supremacía de las normas constitucionales dentro del sistema de fuentes de derecho, la fuerza vinculante de la Constitución, su aplicación directa por parte de los operadores de justicia o eficacia inmediata que se traduce en la posibilidad de su exigibilidad judicial, los cuales están plasmados en los artículos 9 y 33 del acto constitucional sugerido por la Comisión. Este nuevo estadio del Estado de Derecho, tan anhelado, superará el Estado Social -declarado en el anteproyecto- e implicará un redimensionamiento de los derechos fundamentales³³³

³³³ Vid., mi ensayo sobre los derechos fundamentales en el proyecto de reformas constitucionales, recién publicado, donde se alude al nuevo modelo constitucional que se pretende instaurar en nuestro país, la renovada configuración de derechos fundamentales y las instituciones de garantías para hacerlos valer cuando son lesionados tales derechos (2011/12 pp76-82)

El artículo 9 del anteproyecto establece la supremacía constitucional y el orden de prelación del sistema de fuentes, así: *"La Constitución Política es la norma suprema de la República y es de aplicación directa. La Constitución Política, los tratados, convenios y acuerdos internacionales aprobados y ratificados, las leyes dictadas por la Asamblea Nacional y otras disposiciones jurídicas de inferior jerarquía integran el derecho positivo nacional en el orden de prelación anunciado"* Por su parte, el artículo 33 contempla la exigibilidad de los derechos constitucionales como sigue: *"Los derechos consagrados en la Constitución son ejercitables y exigibles de forma directa y su eficacia no está condicionada al desarrollo legislativo de sus alcances o limitaciones"*

En dicho documento el catálogo de derechos fundamentales, será aumentado y mejorado, quedando configurados como mandatos vinculantes para los empleadores y particulares los denominados derechos personales o derechos de titularidad genérica, ostentados por los trabajadores inclusive. Además, es renovado el radio de acción de los derechos sociales.

Efectivamente, se observa que los derechos personales aparecen recogidos dentro de los deberes y derechos fundamentales en la sección 1ª del capítulo 2º que trata los derechos individuales. Entre esos derechos pueden destacarse, dada su relevancia en este ámbito jurídico, los siguientes: la interdicción de la discriminación y su contrapartida la igualdad de trato, la inviolabilidad de las comunicaciones, cualquiera que sea su forma, la libertad de expresión por cualquier medio, la intimidad personal y familiar, al igual que la propia imagen y el honor contemplada de forma expresa; la libertad religiosa o de conciencia. Tales derechos quedarían establecidos en el anteproyecto, cuyas formulaciones explico

brevemente, habida cuenta que la jurisprudencia nacional niega su reconocimiento en el contrato de trabajo o más bien mantiene el desamparo de los trabajadores

La prohibición de la discriminación en los términos del artículo 36 del referido anteproyecto tendría que ser garantizada por el Estado, mediante "acciones afirmativas, las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas a favor de grupos que enfrentan discriminación o marginación" Para determinar si los actos son discriminatorios habría que tomar en cuenta factores, elementos o condiciones, tales como " raza, etnia, cultura, sexo, nacimiento, nacionalidad, discapacidad, clase social, edad, identificación y orientación sexual, apariencia física, idioma, creencias religiosas, ideas u opiniones políticas y filosóficas" La contrapartida que supone la igualdad ante la ley aparecería en el artículo 37

La inviolabilidad de las comunicaciones se configuraría en el artículo 45, autorizando sólo al juez o tribunal competente su interceptación, y se precisa que el incumplimiento de este mandato no permitiría la utilización de la prueba que fuera obtenida, sin perjuicio de las responsabilidades penales para los infractores Por su parte, la libertad de expresión se establecería en el artículo 46

La intimidad personal y familiar, al igual que la propia imagen y el honor, aparecería contemplada expresamente en el artículo 47 Este derecho personalísimo, por vez primera, quedaría elevado a rango constitucional de modo expreso. Y la libertad religiosa o de conciencia se reconocería en el artículo 54, junto con el protagonismo de la religión católica en la formación de la Nación panameña

Los derechos laborales o derechos de titularidad singular, cuya protección es mejorada e incrementada, se encuentran ubicados en el capítulo 3° que comprende los derechos económicos, sociales y culturales, dentro del título tercero denominado Deberes y Derechos Fundamentales. Los derechos sociales o derechos fundamentales específicos, reformulados en este documento, son la igualdad de la remuneración frente a trabajo de igual valor, el fuero de paternidad, la prohibición contra el despido discriminatorio, la negociación colectiva, el tripartismo, entre otros, y se contemplarían en los enunciados que se transcriben abajo.

La igualdad de la remuneración frente a trabajo de igual valor se plasmaría en el artículo 106, con la formulación siguiente: *"A trabajo de igual valor corresponde siempre igual remuneración, cualesquiera que sean las personas que lo realicen, sin discriminación"*

El fuero de paternidad quedaría instituido en el artículo 113, junto con el fuero de maternidad, pero con naturales y notables diferencias en cuanto a su alcance, así: *"La madre no podrá ser despedida o destituida sin justa causa y autorización judicial previa durante el embarazo, la licencia de maternidad ni hasta por el año siguiente a su reincorporación al empleo. El padre tampoco podrá ser objeto de despido o destitución sin justa causa y autorización judicial previa, por un año a partir del nacimiento del hijo o hija"*

La prohibición contra el despido discriminatorio se consagraría en los términos del artículo 115, que a letra dice: *"Ningún trabajador podrá ser despedido sin justa causa y sin las formalidades que establezca la ley. Esta señalará las causas justas para el despido, sus excepciones especiales y la indemnización correspondiente. Se prohíbe todo"*

despido discriminatorio Todo despido discriminatorio es nulo y no producirá ningún efecto jurídico" También se introduciría la nulidad e ineficacia jurídica de cualquier despido discriminatorio

Se elevará a rango constitucional el derecho de negociación colectiva, aclarándose la situación que durante años subsiste con su exclusión en el régimen vigente, tal como vislumbra el artículo 119 que le reconocería a las organizaciones sociales de trabajadores ese derecho de acción Y el tripartismo sería protegido con la previsión del artículo 125, así *"Se establece un sistema de relaciones laborales que garantiza la consulta y la participación del Estado, los representantes del capital y de los trabajadores"*

Interesa resaltar que una de las novedosas previsiones consistiría en establecer la obligación de respetar y/o no afectar los derechos fundamentales de los trabajadores dentro de la empresa y de los servidores públicos en sus lugares de trabajo, prohibiéndose inclusive el acoso moral, sexual y otros que entrañen riesgos psicosociales La protección estaría contemplada en el artículo 127 del anteproyecto con la siguiente formulación *"Los trabajadores y servidores públicos, en sus respectivos lugares de trabajo, tienen derecho a que no les sean afectados sus derechos fundamentales, así como a una adecuada y eficaz protección y a un ambiente laboral que impida y prevenga el acoso moral, sexual y los riesgos psicosociales"* A tal efecto, será necesario que se diseñen mecanismos idóneos y eficaces

También se proponen mecanismos e instituciones para la protección de los derechos fundamentales que tienen las personas, en cuanto su condición de ciudadanos y como trabajadores concretamente, representadas en las acciones defensivas y la creación de

organismos que tienen la sagrada misión de respetarlos y hacerlos cumplir en el ámbito público y privado

Entre las garantías institucionales y jurisdiccionales para la defensa de todos los derechos fundamentales laborales, se establecerán las siguientes: la Corte Constitucional, como instancia independiente del resto de los órganos del Estado que velará por la integridad de las normas constitucionales y la protección de los derechos fundamentales, según lo dispuesto en los artículos 202 y 203 del referido anteproyecto; la Acción de Tutela del Honor de acuerdo con el artículo 227, el Amparo de Garantías contra Actos de Particulares de conformidad con el artículo 229, obviamente, estableciendo reglas específicas para su tramitación como el término de caducidad para la presentación de la acción, la suspensión inmediata de la actuación u omisión censurada, la eliminación del agotamiento de los recursos ordinarios y extraordinarios, la preferencia y sumariedad del procedimiento, y el contenido necesario de la sentencia o decisión final. Dichas acciones, al igual que los *habeas corpus* y *data*, se decidirán ante la Corte Constitucional, cuyas regulaciones han sido establecidas por separado en el anteproyecto.

A propósito de las reglas aplicables a la acción de amparo de garantías contra actos de particulares, previstas en la propia normativa constitucional propuesta, se contempla que dicha acción podrá ser interpuesta dentro de los tres (3) meses siguientes de la afectación del derecho fundamental, siempre que el afectado haya tenido conocimiento de ésta y se halle en condiciones de promover la acción. Obviamente, se trata de condiciones establecidas para la exigencia del plazo de caducidad. No será necesario el agotamiento de recursos ordinarios ni extraordinarios para que proceda su interposición. La

inviabilidad será determinada en la fase de admisión, siendo inadmisibles cuando se interponga ante autoridad incompetente para resolver el fondo, cuando se haga fuera del término o contra actos no cubiertos por la disposición que lo establece o cuando sea interpuesta por sujetos no legitimados, sea a favor o en contra. Una vez sea admitida, la Corte Constitucional deberá ordenar la suspensión del acto, acción u omisión impugnada o dispondrá la aplicación de la medida cautelar más adecuada, según lo dispuesto en la Ley. La acción de amparo será tramitada conforme a un procedimiento sumario y preferente, en ningún caso, podrá transcurrir más de diez (10) días entre la interposición de la acción y su resolución. Dicho trámite concluirá siempre con el pronunciamiento de la Corte Constitucional sobre el reconocimiento o no de derechos fundamentales, conteniendo la misma resolución la orden donde se levantará la suspensión o medida cautelar que hubiere decretado. En dicho procedimiento intervendrán siempre los afectados por el acto, acción u omisión atacada, quienes serán notificados por la Corte Constitucional y que también podían intervenir como terceros interesados.

Sin perjuicio de lo anterior, otra institución que asegura la tutela de los derechos fundamentales es la Defensoría del Pueblo, encargada de dar protección de los derechos fundamentales, conservaría *“el control no jurisdiccional de los hechos, actos u omisiones de los servidores públicos y de quienes presten servicios públicos y actuará para que ellos se respeten, sean exigibles y efectivos”*, según el artículo 233, tras la proyectada recomposición constitucional de dicha entidad conforme el artículo 234 que se ocuparía de la elección de su titular. Es claro que el señalado control no alcanza los actos de particulares.

La creación del Tribunal Constitucional, entre nosotros Corte Constitucional, es considerada una iniciativa necesaria por Francisco José Zambrano Borrero, debido a la crisis del sistema judicial y la falta de credibilidad ciudadana, cuyo funcionamiento permitiría que "todos los actos emanados de los órganos estatales como también de los ciudadanos"³³⁴ queden sujetos a las disposiciones de la Constitución. Esa entidad autónoma sería la encargada de la aplicación de la norma constitucional, así como de su interpretación, garantizando el establecimiento de un auténtico Estado Democrático de Derecho. En otras palabras, ese organismo tendría el control y resguardo de la normativa constitucional como función primordial.

Aun cuando se hizo un comentario sobre la Corte Constitucional, ahora hago referencia a su estructura orgánica y funcional, ya que se trata de una institución vital para la tutela de los derechos fundamentales del trabajador como persona y ciudadano.

En cuanto a la integración y delimitación de funciones de la futura Corte Constitucional, expresamente, se ha establecido que estará compuesta por siete magistrados, nombrados mediante acuerdo de Consejo de Gabinete, con sujeto a la aprobación del Órgano Legislativo, para un período de veinte años, según el procedimiento de los magistrados de la Corte Suprema de Justicia. Para ser magistrado de la Corte Constitucional se requiere ser panameño por nacimiento, haber cumplido cuarenta y cinco años de edad, no haber sido sancionado por faltas a la ética profesional ni por delito doloso, tener experiencia o título de posgrado en diversas especialidades del Derecho, hallarse en pleno goce de los derechos civiles y políticos, ser graduado en Derecho y contar con la idoneidad para el

³³⁴ (2012 pp 191-192)

ejercicio de la abogacía; haber completado un período de quince años durante el cual haya ejercido indistintamente la profesión de abogado, cualquier cargo en el Órgano Judicial, del Ministerio Público, del Tribunal Supremo Electoral o de la Defensoría del Público que requiera título universitario en Derecho, o haber sido profesor de Derecho en un establecimiento de enseñanza universitaria. Cada magistrado tendrá un suplente nombrado en igual forma que el principal y para el mismo período, quien lo reemplazará en sus faltas, conforme a la ley.

El nombramiento de los magistrados de la Corte Constitucional será escalonado, pues cada dos años, se designarán dos magistrados salvo en los casos en que por razón del número de magistrados que integren la Corte, se nombren más de dos o menos de dos magistrados. De acuerdo con la iniciativa constitucional los magistrados de la Corte tendrán las mismas prohibiciones que los magistrados de la Corte Suprema de Justicia. Y se les aplicarán las mismas prohibiciones e incompatibilidades establecidas para los servidores del Órgano Judicial.

La función primordial de la Corte Constitucional consistirá en salvaguardar la integridad de la Constitución y, obviamente, proteger los derechos fundamentales, o sea, resguardar los derechos humanos consagrados en la carta magna. La guarda de la constitucionalidad se logrará mediante acción de inconstitucionalidad, advertencia y consulta de inconstitucionalidad, objeción de inexecutable y con el control previo de executable de los convenios internacionales y de las leyes retroactivas. La protección de los derechos fundamentales se cumplirá con el *habeas corpus* y *habeas data*, acción de tutela del derecho al honor y el amparo de derechos. También se encargará de resolver la

renuncia tácita de la nacionalidad adquirida por naturalización o suspensión de derechos políticos por renuncia a la nacionalidad por nacimiento, ejercer la iniciativa legislativa en materia de su competencia, servir de juez de garantía en los procesos penales contra las altas autoridades del Estado que se ventilen en la Corte Suprema de Justicia y revisar la constitucionalidad de la declaratoria del estado de excepción.

En definitiva, en dicho instrumento se dispone una concentración del ejercicio de la jurisdicción constitucional atribuida a la Corte Constitucional de forma privativa, superando el esquema actual que contiene un modelo difuso, ya que otros tribunales de justicia atienden varias de las garantías con las cuales se defienden los derechos de los ciudadanos

En fin, con la eventual incorporación de todas esas prevenciones, instituciones y acciones procesales, se corregirán las deficiencias y omisiones legislativas, tal como se ha sucedido en otros países del continente latinoamericano y europeo, y podrá decirse que entre nosotros tiene cabida la denominada ciudadanía en la empresa o la *workplace democracy*, dando lugar a la llamada constitucionalización de las relaciones laborales. Así, los derechos fundamentales del trabajador no serán considerados como simples enunciados filosóficos o mera poesía, dado que contarán con una genuina o efectiva tutela judicial, y nuestro país se colocará en sintonía con el resto de los ordenamientos jurídicos donde opera una verdadera democracia constitucional

CAPÍTULO CUARTO
EQUILIBRIO DE DERECHOS FUNDAMENTALES ANTE SU COLISIÓN EN
EL ÁMBITO DE LAS RELACIONES DE TRABAJO

" una conceptualización del principio de proporcionalidad que acabe en un balance entre el peso del derecho de que se trate y el de las razones que han conducido al legislador a decidir su restricción determina, en última instancia, que los derechos pierdan su carácter de barrera infranqueable para el poder"

J Cianciardo

1. Las restricciones de los derechos fundamentales de los trabajadores:

El correcto manejo de la teoría de los derechos fundamentales exige un entendimiento apropiado de sus límites o restricciones, dado que ellos impactan su pleno ejercicio, teniendo que establecer su conceptualización y criterios de clasificación cuando llegan a precisarse y diferenciarse de las situaciones con las cuales son confundidas. Las restricciones de los derechos fundamentales alcanzan a todas las relaciones jurídicas entre particulares, incluyendo, por supuesto aquellas relaciones donde figuran como sujetos los trabajadores y empleadores.

1.1 Inexistencia de derechos fundamentales absolutos

La idea que todos los derechos son absolutos inclusive los iusfundamentales, tuvo su justificación en la corriente iusnaturalista que entendía que estos derechos junto al resto de los demás eran inherentes al ser humano y previos a cualquier norma jurídica. Por tanto, bajo ninguna circunstancia ni eventualidad, dichos derechos podían ser limitados o restringidos, dando cabida a su carácter absoluto. Con mucho arraigo esta idea se mantuvo en varios textos jurídicos y políticos, durante el siglo XVIII, tal como se evidencia en la Declaración de derechos del buen pueblo de Virginia y la Declaración de los derechos y del ciudadano, surgida en el contexto de la Revolución Francesa.

Esa concepción de los derechos fundamentales como derechos que no admiten limitaciones se vino a derrumbar cuando desaparecen los regímenes absolutistas, abriéndose paso los Estados que comenzaron a establecer el reconocimiento de los derechos y libertades de las personas y ciudadanos conquistados en las revoluciones liberales. En consecuencia, se difunde la noción que no existen derechos ilimitados sino

todo lo contrario tiene un carácter limitado, limitable y limitador, cuando son ejercidos por sus titulares

En la actualidad, es un hecho aceptado que los derechos fundamentales pueden ser objeto de limitaciones debido a su propia configuración constitucional o a la imposición proveniente del legislador, si se dan las condiciones exigidas para ello, puesto que esos derechos no se ejercen aisladamente sino que deben coordinarse con el resto de los derechos de las demás personas y otros bienes y valores constitucionalmente reconocidos. Es decir, los derechos fundamentales establecidos en los ordenamientos jurídicos deben mantener una coexistencia con los demás derechos, bienes e intereses, protegidos en ese campo jurídico

No existe ningún derecho absoluto, según se desprende de lo anterior, lo que pone de manifiesto el carácter limitado de los derechos fundamentales, como bien lo reconocen los distintos tribunales constitucionales establecidos en el continente europeo y latinoamericano. Así, se habla del carácter relativo de los derechos fundamentales como viene sosteniendo el Tribunal Constitucional Español, a partir de aquella sentencia emblemática sobre el derecho de huelga

Efectivamente, la STC 11/81 de 8 de abril, en su fundamento jurídico 9º, dispuso que *"ningún derecho constitucional es un derecho ilimitado. Como todos, el derecho de huelga ha de tener los suyos, que derivan no sólo de su posible conexión con otros derechos constitucionales, sino también con otros bienes constitucionalmente protegidos"*. Esta idea se mantuvo en la STC 181/90 de 15 de noviembre, particularmente en el fundamento jurídico 3º, cuando se puntualizó que *"según reiterada doctrina de este*

Tribunal, los derechos fundamentales no son derechos absolutos e ilimitados. Por el contrario, su ejercicio está sujeto tanto a límites expresos constitucionalmente como a otros que puedan fijarse para preservar o proteger otros derechos o bienes constitucionalmente protegidos". Asimismo, dentro de la STC 7/1994 de 3 de marzo, en su fundamento 6o, se dijo que "las restricciones al ejercicio de los derechos fundamentales serán posibles siempre y cuando estén proporcionalmente justificada"

Por último, en la STC 90/1997 de 6 de mayo, dentro del fundamento 4o, se sostuvo respecto del ejercicio de los derechos fundamentales de la persona del trabajador que *"únicamente admite limitaciones o sacrificios en la medida en que se desenvuelve en el seno de una organización (la empresarial) que refleja otros derechos reconocidos constitucionalmente y que impone, según los supuestos, la necesaria adaptabilidad para el ejercicio de todos ellos"*

Se advierte que la afirmación sobre los límites de los derechos fundamentales debe ser vista desde una perspectiva general, dado que no es atribuida a ningún derecho fundamental específico, y ella tiene su razón de ser en la finalidad de garantizar valores como la dignidad humana, el orden político y la paz social. La posición especial que ocupan los derechos fundamentales en el Estado Constitucional de Derecho, sin lugar a duda, constituye un refuerzo o una garantía que puede ser invocada para la resistencia jurídica a los ataques o lesiones originadas por los sujetos que ejercen el poder -público o privado- dentro de la relación o contrato celebrado entre las partes

La tesis de la ilimitabilidad de los derechos que alcanza los derechos fundamentales, es compartida por Luis Prieto Sánchez cuando escribe que "toda limitación de un derecho

fundamental debe estar justificada y además respetar su contenido esencial o, dicho de otro modo, aun cuando una disposición limitadora cuente a su favor con buenas razones, resultará ilegítima si llega a dañar el contenido mínimo o esencial de un derecho"³³⁵ Se desprende que los derechos fundamentales son objeto de actividad limitadora, al estar sometidas a dos condiciones concretas el respeto al contenido esencial del derecho y a la necesidad de justificar la medida restrictiva, lo cual es clave para el efectivo ejercicio de esos derechos conforme la regulación legal

Estas circunstancias especiales o condiciones como han sido nombradas, en el fondo, constituyen una especie de límites a la potestad limitadora de los derechos fundamentales, ya que nadie puede actuar a su arbitrio o con poderes absolutos para restringir o afectar los derechos fundamentales

1.2 *Cuestión de delimitación de su contenido o de limitación de su ejercicio*

Dentro de la teoría de los derechos fundamentales, como se dijo ya, la problemática sobre los límites de esta categoría de derechos ha sido objeto de acaloradas discusiones en la doctrina científica, causadas por las dificultades encontradas al momento de ser estudiadas y tratadas, tal como se aprecia en la apretada reseña que se presenta enseguida

Efectivamente, el concepto de límites de los derechos fundamentales, según Luis Aguilar de Luque, es concebido como " toda acción jurídica que entrañe o haga posible la restricción de las facultades que, en cuanto derechos subjetivos, constituyen el contenido de los citados derechos"³³⁶. Es obvio que se alude a los límites de naturaleza jurídica, es decir, aquellos establecidos en las normas legales, quedando fuera de ese ámbito los

³³⁵ (1990 p 160)

³³⁶ (1993 p10)

límites de hecho que son los condicionamientos materiales que, si bien dificultan la posibilidad de hacer efectivas las pretensiones o facultades contempladas, no reducen el contenido del derecho. No serán consideradas las situaciones sociales o económicas que no sólo impiden el ejercicio de los derechos fundamentales, sino que hasta cuestionan su propia existencia jurídica, como es el analfabetismo o la escasez, delimitándose esta particular temática.

En el plano doctrinal suele distinguirse entre límites intrínsecos y límites explícitos o immanentes³³⁷. Los primeros encierran en sí mismos una cierta limitación de las facultades que comprenden, mientras que los segundos implican la posibilidad de establecerlos más allá de los constitucionalmente declarados, permitiendo su introducción mediante norma de fuerza general o en el marco de una habilitación constitucional expresa o implícita. Asimismo, se habla de límites internos y límites externos³³⁸, y se indica que aquellos configuran el derecho y no lo limitan en el sentido estricto de la palabra, mientras que los últimos no actúan en la determinación positiva de su contenido, sino que entrañan la auténtica restricción, establecida por diversas maneras, constituyendo la reducción del derecho desde fuera.

En cuanto a la fuente de los límites, Ana Aba Cotoira, explica que "el constituyente ha establecido los límites externos expresos que suelen formar parte del supuesto de hecho y representan derechos o bienes que limitan el derecho o libertad en cuestión, en cuanto que suelen producirse conflictos entre ellos"³³⁹. Han sido fijados ante la posibilidad del

³³⁷ (Ibid p 13)

³³⁸ (1998 p 20)

³³⁹ (Ibid p 20)

conflicto de un derecho fundamental, por tanto, se opta por el establecimiento de la limitación que deberá tenerse en cuenta al momento de ejercitar ese derecho

Para esa autora los derechos fundamentales son delimitados en la propia normativa constitucional, quedando el legislador autorizado para establecer en la regulación o el ordenamiento jurídico las restricciones que no deberán referir con su configuración o contenido esencial, dado que no existen derechos absolutos como es sabido. Así, los límites en cuanto a su configuración pueden establecerse en los propios preceptos constitucionales, pero también pueden ser fijados en otros instrumentos normativos, ya sea leyes y/o reglamentaciones complementarias

También se ha dicho que los límites de los derechos fundamentales no deben ser confundidos con los elementos esenciales que configuran el contenido de esos derechos, los cuales aparecen reconocidos en la norma constitucional, y que a veces envuelven impedimentos al ejercicio del derecho. En la mayoría de los casos los operadores jurídicos, al momento de hacer sus intervenciones, tienen que determinar el alcance de las restricciones frente a otros bienes y derechos. Entonces, la cuestión es precisar las expresiones restricciones y delimitaciones, ya que no son conceptos idénticos, tal como afirma un sector de la doctrina científica, cuando diferencia la limitación y delimitación de los derechos fundamentales

Gregorio Peces Barba cuando hace referencia a la distinción entre límites de los derechos y las situaciones que no se encuentran incluidas en el supuesto de hecho de la norma reguladora del derecho, siguiendo a Ignacio de Otto, explica acertadamente que "muchas veces se presentan como límites los que no son sino situaciones que quedan al margen y

no están comprendidas en la protección del derecho"³⁴⁰ Una vez establecida la identificación de los límites y la delimitación conceptual del contenido mismo del derecho, los primeros, es decir, los límites de los derechos fundamentales conforman un subsistema y son considerados como límites propios y exclusivos, los cuales proyectan la problemática de su eficacia

En ese sentido, tras definir los derechos fundamentales como pilares de la convivencia y establecer que tienen una doble dimensión -individual e institucional-, Tomás de Domingo y Antonio Luis Martínez Pujalte, explican la distinción hecha sobre dos conceptos frecuentemente empleados de modo impreciso en la doctrina y jurisprudencia que son los límites de los derechos fundamentales que vienen a ser "los contornos que definen el ámbito de personalidad o de la actuación humana que obtiene una protección jurídico-fundamental"³⁴¹, y restricciones que suponen "el recorte de las posibilidades de acción que se ofrecen al titular de un derecho cuando actúa dentro de los contornos definidos por los límites internos del derecho en cuestión, o, en el caso de derechos fundamentales que protegen un ámbito de la personalidad, a la lesión de dicho ámbito definido por sus límites internos"³⁴²

Los límites de los derechos fundamentales encuentran sus propios topes o linderos que son precisamente los elementos de su contenido esencial, pues no puede ser restringido un derecho fundamental que vaya contra su propia esencia, por lo cual se viene sosteniendo que la capacidad limitadora del legislador tiene una barrera natural, dado que solamente podrá determinar el ámbito de su aplicación, establecer sus titulares, las

³⁴⁰ (2004 p 315)

³⁴¹ (2011 p 54)

³⁴² (ibid p 54)

actividades amparadas por éste y los medios habilitados para su defensa, pero no podrá nunca eliminarlos o prohibirlos por cuanto el texto constitucional es el ordenamiento que viene a reconocerlos. Así, se entiende que el desarrollo legislativo sobre el ejercicio de los derechos fundamentales no puede incurrir en limitaciones excesivas que rebasen la labor delimitadora que fija el constituyente en el texto constitucional, aunque los operadores jurídicos (jueces o tribunales constitucionales), podrán cumplir su función de adecuación o precisión en el caso concreto mediante la proporcionalidad o ponderación, por razón de un conflicto o enfrentamiento de derechos fundamentales.

La delimitación está determinada por el conjunto de facultades con las cuales la norma constitucional configura al derecho, los límites suponen la intromisión en el ámbito previamente delimitado del derecho, dificultando o afectando su ejercicio, y la fijación del contenido tiene que ver con el ámbito irreductible donde todo límite resulta inadmisibile.

En definitiva, la delimitación del contenido del derecho tiene carácter interno dado que es obra del constituyente, en tanto, la limitación es una restricción al ejercicio del derecho para asegurar su compatibilidad con otros bienes y derechos y corre a cargo del legislador. Situación distinta es la vulneración que implica la privación o mera restricción de un derecho, sin justificación alguna, y otra situación que debe ser precisada es la suspensión que consiste en la privación temporal o episódica del ejercicio de un derecho. Se trata de toda una problemática que condiciona la fuerza de los derechos fundamentales.

Con acierto se ha dicho que no deben ser equiparadas las problemáticas de delimitación, limitación y fijación del contenido de los derechos fundamentales que, indudablemente, tienen cabida en el ámbito de las relaciones de trabajo³⁴³ Respecto de la problemática de delimitación o de colisión entre normas fundamentales, cabe decir que el ejercicio de los derechos fundamentales ha de efectuarse en unos términos que resulten compatibles con el resto de derechos, bienes y valores constitucionalmente amparados, compatibilidad ésta que se garantiza mediante la imposición de unos límites a aquel ejercicio

Es normal que se afirme, en consecuencia, que no es infrecuente que ciertos derechos fundamentales, por su naturaleza y ámbito de acción, entren en conflicto o se produzca una colisión entre sí, donde existan relaciones caracterizadas por la subordinación del trabajador que cuentan con garantías constitucionales como la intimidad, libertad de expresión, no discriminación que son enfrentadas a las facultades del empleador derivada de la libertad de empresa

La subordinación del trabajador y el ejercicio de los poderes empresariales definen los rasgos contrapuestos y distintivos de las relaciones laborales, siendo éstas el campo propicio donde se ponen de manifiesto las colisiones de derechos fundamentales producto de las restricciones recíprocas impuestas al ejercicio de tales derechos, sin perjuicio de las configuraciones o delimitaciones y limitaciones contempladas en los ordenamientos jurídicos.

³⁴³ Al respecto, *vid.*, puede verse el enfoque y desarrollo que presenta Christian Melis Valencia, cuando entiende cada uno de esos conceptos como "propios de un espacio o ámbito diferenciado del derecho fundamental" (2009 p 94) Se visualizan como tres ámbitos diferenciados a modo de anillos concéntricos en que cada ámbito es una circunferencia de distinto grosor, siendo el ámbito limitado el anillo exterior, luego le sigue el ámbito limitado y finalmente el contenido esencial a modo de núcleo de la circunferencia

Por ello, Fernando Valdés Dal Ré reafirma que "los derechos fundamentales de la persona del trabajador no se sustraen, desde luego, a ésta regla general. No son éstos, en modo alguno, derechos absolutos, son derechos cuyo contenido se encuentra limitado. Pero como cualquier otro derecho fundamental, los de titularidad del trabajador/ciudadano no sólo pueden experimentar restricciones por otros derechos, bienes y valores de rango equivalente. Es ésta una propiedad que no puede arrebatare a los derechos de la persona del trabajador, so pena de negar su fundamentalidad. Es precisamente, lo que acontece cuando la cuestión de la intensidad y extensión de estos derechos se resuelve como un problema de delimitación, enfrentando los derechos del trabajador con otros derechos enunciados en normas infraconstitucionales o en cláusulas contractuales o, más sencillamente, con poderes del empresario que éste ejerce con fundamento en el contrato de trabajo"³⁴⁴ Lo importante es saber que derechos entran en conflicto y, por tanto, definir los criterios o principios que serán empleados para la solución del mismo

En cambio, las posibles restricciones o lesiones al ejercicio de los derechos fundamentales del trabajador al interior de la empresa, causados por los poderes del empresario, según Christian Melis Valencia implican "un problema de limitación y no de delimitación, pues sólo serán admisibles aquellas restricciones que provengan del ejercicio de otro derecho fundamental, sea por otro trabajador o particularmente del empresario y que haya pasado con éxito el juicio de proporcionalidad"³⁴⁵

³⁴⁴ (2003 p 96)

³⁴⁵ (Op. Cit. p 134)

Ciertas actuaciones provenientes de los empleadores pueden entrañar restricciones o lesiones a los derechos fundamentales de los trabajadores, pero éstos -a su vez- se erigen como frenos o límites infranqueables a los poderes empresariales, debido a que la singular configuración de la relación de trabajo donde se reconocen intereses contrapuestos y fronteras recíprocas. Entonces, se considera que los derechos fundamentales de los trabajadores admiten limitaciones en el lugar donde éstos han de desenvolverse en la empresa o en función de las necesidades organizativas basadas en la libertad de la empresa del empresario. Por su parte, los poderes empresariales que están delimitados por la libertad de la empresa tienen como frenos los derechos fundamentales de los trabajadores.

El conflicto que se suscita ante el ejercicio de derechos fundamentales por parte de los sujetos de la relación de trabajo, obviamente, presupone que hayan ocurrido restricciones o lesiones que serían eliminadas solamente al ser resuelta la conflictiva relación procesal. Este problema de colisión de derechos fundamentales con otros derechos, bienes y valores constitucionales, debe resolverse con la ayuda de técnicas propias de los conflictos entre normas fundamentales, esto es, con el auxilio del juicio de ponderación.

Luego de haberme referido a los poderes empresariales, delimitados y limitados ante el reconocimiento de los derechos de los trabajadores, se impone el estudio de los mecanismos que buscan establecer el equilibrio en los conflictos entre derechos fundamentales que, indudablemente, se presentan dentro de las relaciones laborales. Ello implica que los derechos de los trabajadores no son absolutos y, a su vez, tienen la

capacidad de restringir las facultades del empleador derivadas de las libertades del empresario también plasmadas en el ordenamiento constitucional.

2. El equilibrio entre los derechos de la persona del trabajador y los poderes empresariales: ponderación como técnica judicial de solución de conflictos de derechos fundamentales:

Las tensiones entre los derechos del trabajador y los poderes empresariales tienen sus orígenes en las condiciones naturales de la configuración de las relaciones jurídicas desarrolladas dentro de las empresas, las cuales requieren ser armonizadas cuando alcanzan su máxima expresión dentro de los conflictos que son ventilados a nivel de las autoridades que componen la justicia especializada o constitucional. Por tanto, la colisión de derechos fundamentales de los sujetos obligados en las relaciones laborales, supone el presupuesto claro para la aplicación de la técnica de la ponderación como mecanismo que brinda el necesario equilibrio que permitirá la convivencia de esa categoría de derechos.

2.1 Colisión de derechos fundamentales dentro del contrato de trabajo

Es un hecho irrefutable que el contrato de trabajo, por excelencia, ha sido y es el campo donde tiene presencia la colisión de derechos fundamentales, una de las cuestiones más trascendentales relacionada con la validez y eficacia de los derechos humanos contemplados en los textos constitucionales, cuyo tratamiento en distintos sistemas normativos tiende a ser uniforme. La pugna de intereses entre las partes que conforman el nexo laboral, que se encuentran protegidos por la normativa constitucional, desde siempre dio lugar a la aplicación de la *Drittwirkung der Grundrechte*, tal como lo revela su origen histórico.

Específicamente, en el plano individual debido a la estructura del contrato de trabajo donde la subordinación o dependencia del trabajador, junto con el poder privado del empresario, determinan la configuración de ese vínculo jurídico donde reina a favor de ese sujeto una protección especial. Este elemento caracterizador de la relación jurídica entre el trabajador y empleador, evidencia la supremacía del último, pero no elimina los derechos que como persona y ciudadano tiene primero y que ingresan a la empresa con él. Tales derechos constitucionales del trabajador, cuyo sustento axiológico es la dignidad humana, corresponden a la igualdad de trato y prohibición de discriminación, libertad de expresión, libertad religiosa, protección a la vida privada, honra e intimidad personal y familiar, entre otros.

Esos derechos personalísimos del trabajador chocan con aquellas facultades empresariales impregnadas de contenido constitucional, ya que derivan del derecho de propiedad y el derecho de ejercer cualquier actividad económica libremente, sin imposiciones ni condiciones, tal como advierte la doctrina científica en Europa e Iberoamérica.

En otros términos, los derechos que son inherentes a la persona del trabajador suelen ser frenados por la función ordenadora de la actividad laboral o prestación del servicio, convirtiéndose las necesidades organizativas del empresario en verdaderos límites de los derechos del trabajador. Los intereses del trabajador y empresario deben conciliarse para la adecuada composición de la relación de trabajo, específicamente en su dimensión individual, cuando llegan a entrar en conflicto.

Se trata de límites recíprocos que operan en el contexto de las relaciones de trabajo, según advierten expertos laboristas³⁴⁶, surgidas ante enfrentamientos de intereses contrapuestos de los empresarios y trabajadores, debiendo establecerse entre ellos una convivencia o equilibrio que no resulta fácil

Así, María Emilia Casas Baamonde, plantea la conexión de intereses contrapuestos cuando afirma que "los derechos y libertades de que son titulares los trabajadores vinculados por un contrato de trabajo, caracterizado por la naturaleza personal de la prestación, limitan los poderes empresariales, el contrato de trabajo, por tanto, pero éste, caracterizado también por la subordinación del trabajador, limita a su vez el ejercicio de sus derechos fundamentales. El contrato, que atrae la aplicación de la Constitución y puede pronunciarse y concretar esa aplicación, es la institución que hace la síntesis del juego de limitaciones recíprocas que se corresponden con los intereses enfrentados"³⁴⁷

Por esa razón, se habla de una nueva constitucionalización del Derecho del Trabajo, cobrando un papel preponderante la jurisprudencia que instrumenta los juicios de ponderación ante la colisión de los derechos fundamentales dentro del contrato de trabajo

³⁴⁶ Ello lo pone de manifiesto Javier Pardo Falcón cuando señala que "la vigencia de los derechos fundamentales en el seno de la empresa se erigen en verdaderos límites de los poderes jurídicos del empresario"(1997 p 89) según pronunciamientos del Tribunal Constitucional Español donde fue aplicado el principio de proporcionalidad como técnica de control de límites de los derechos fundamentales en el ámbito de las relaciones laborales. De igual forma Joaquín García Murcia resalta la necesidad de equilibrar las tensiones existentes en los conflictos de derechos fundamentales laborales, cuando reflexiona que "los criterios de articulación, que habrán de utilizarse en el supuesto de que las relaciones sean conflictivas, hace necesario buscar las pautas más adecuadas para la coordinación entre los derechos fundamentales y aquellos otros que puedan suponer alguna clase de limitación para su eficacia y virtualidad. A este respecto, sin perjuicio de posteriores matizaciones, ha de efectuarse un juicio de ponderación y proporcionalidad entre los derechos concurrentes del que se derive el mínimo de limitaciones para el derecho fundamental". La determinación del contenido y límite de los límites es una actividad jurisdiccional, también advierte cuando destaca la doctrina del Tribunal Constitucional al señalar que sólo serán tolerables aquellas restricciones que reúnan al menos las siguientes características: "en primer lugar, que sean estrictamente necesarios, en segundo lugar, que resulten proporcionadas en atención a los fines constitucionalmente legítimos que se pretendan alcanzar y, en tercer lugar, que sean indispensables, esto es, que no puedan evitarse para la consecución de dichos objetivos y que no puedan ser sustituidas por otras medidas que supongan una restricción de menor intensidad" (1994 p 117). Estos criterios son válidos para enjuiciar la confrontación de los derechos fundamentales entre sí

³⁴⁷ (2004 pp 131-132)

Ese papel de la jurisprudencia, decisivamente renovado en el contexto antes indicado, vendrá a disponer la aplicación de cada caso del contrato de esos derechos y la fijación de sus limitaciones por el contrato de trabajo, compatibilizando las lógicas antagónicas de las relaciones de trabajo dentro de la amplitud e indeterminación de los enunciados de los derechos fundamentales en el marco de su regulación legal, convencional colectiva o del propio contrato, si existe

La difícil convivencia de las libertades del trabajador en el marco del contrato de trabajo se debe a una constelación de causas de variada naturaleza entre ellas históricas, ideológicas, jurídicas, organizativas, sociales, económicas o culturales, interactuando recíprocamente con arreglo a una lógica que concibe aquellas libertades como cuerpos extraños y ajenos

Ciertamente, Fernando Valdés Dal Ré precisa que "la suma de los poderes empresariales nacidos del contrato de trabajo y normativamente reconocidas y de las razones de la organización empresarial constituye así un férrea alianza, que pone en jaque los derechos de la persona del trabajador"³⁴⁸

También María Luisa Segoviano Astaburuaga puso de relieve "la necesidad de mantener un delicado equilibrio entre los derechos fundamentales del trabajador y las facultades organizativa empresariales ante la frecuente utilización de las nuevas tecnologías que si bien facilita y agiliza el trabajo puede suponer una intromisión a la esfera de los derechos fundamentales como la intimidad, secreto de las comunicaciones y libertad sindical"³⁴⁹

³⁴⁸ (2003 p 89)

³⁴⁹ (2004 pp 145-187)

Al referirse a esa compleja coexistencia de derechos fundamentales y libertades en la relación de trabajo, José Luis Goffi Sein sostiene que debe darse una "búsqueda de criterios fiables para la composición de las relaciones individuales de trabajo, esto es, para demarcar los límites de los poderes del empresario y procurar la tutela final de los intereses de los trabajadores"³⁵⁰ Así, considera la proporcionalidad como una de las mayores aportaciones de la jurisprudencia constitucional que pone coto a la natural tendencia de arbitrariedad del poder empresarial. Esa técnica preferente de solución de conflictos sobre derechos fundamentales, impone los perfiles de licitud de las medidas que restringen esos derechos supremos y establece los controles del comportamiento del trabajador

Se impone un necesario equilibrio entre los derechos fundamentales en juego dentro del marco de las relaciones laborales, mediante técnicas específicas ante la conflictiva relación de los derechos de la persona del trabajador y los poderes empresariales

Esa tendencia es seguida por José Luis Ugarte Cataldo, cuando expone que "el conflicto entre derechos fundamentales, con vigencia en el contrato de trabajo, donde concurren la conducta del empleador amparada en sus funciones legales como propietario, y los derechos constitucionales del trabajador como ciudadano, se resuelve por la vía de la ponderación que supone una modalidad de aplicación del derecho, distinta al modo común o tradicional *-la subsunción-*, que determina e impone el peso o fuerza del derecho fundamental basada en una jerarquía axiológica"³⁵¹

³⁵⁰ (2010 p 23)

³⁵¹ (2009 p 145-149)

Para solucionar los conflictos que puedan suscitarse en relación con los derechos fundamentales, Christian Melis Valencia, asevera que " . cabe la utilización del principio de proporcionalidad como mecanismo interpretativo para dilucidar si un derecho fundamental del trabajador es o no lesionado por el ejercicio de las facultades empresariales"³⁵². Se trata de fortalecer un mecanismo que determina la justificación de los contenidos y límites a los derechos fundamentales

A propósito de este punto, al estudiarse los problemas doctrinales y legales en Chile, Patricio Eleodoro Mella Cabrera y Álvaro Eduardo Domínguez Montoya exaltan "la consagración del principio de ponderación o proporcionalidad como método para resolver la colisión de derechos fundamentales entre el trabajador y el empleador (artículo 485 CT)"³⁵³, como uno de los mecanismos previstos en los instrumentos de protección de los derechos ciudadanos del trabajador al interior de la empresa con la reforma introducida con la Ley 20 087 de 2006

Las colisiones de derechos fundamentales suscitadas en el marco de las relaciones de trabajo, se ponen de manifiesto cuando las vulneraciones o lesiones provenientes del empresario son censuradas y reprochadas por los trabajadores, en sede judicial, a través de los cauces respectivos, teniendo que ser solucionadas con los métodos o cánones interpretativos especiales, ya mencionados, cuyas estructuras argumentativas han sido desarrolladas por la jurisprudencia constitucional, aunque es posible atenderlas y resolverlas en otro escenario conforme los convenios colectivos correspondientes Esos

³⁵² (2009 pp 104-105)

³⁵³ (2012 p192)

encontronazos o choques constituyen antinomias jurídicas o, mejor dicho, un tipo de conflicto normativo de índole constitucional.

La contradicción normativa constitucional, técnicamente, es conocida como antinomia desde la metodología del derecho. Esta situación se presenta, según Luis Pietro Sanchis, "cuando dentro de un mismo sistema jurídico se imputan consecuencias incompatibles a las mismas condiciones fácticas, es decir, cuando en presencia de un cierto comportamiento o situación de hecho encontramos diferentes orientaciones que no pueden ser observadas simultáneamente"³⁵⁴. La antinomia es un fenómeno jurídico vinculado a los problemas de interpretación y aplicación de derechos fundamentales, que no permite los criterios tradicionales de solución, siendo catalogada también como una inconsistencia del sistema aunque no exclusivamente, ya que ella puede tener presencia fuera de ese contexto³⁵⁵.

Técnicamente, se identifican varias clases de antinomias, según la doctrina científica. Las antinomias en abstracto y las antinomias en concreto, correspondiendo las primeras al discurso de validez, mientras que las segundas son propias del discurso de aplicación. Se explica que una antinomia es interna o en abstracto "cuando los supuestos de hecho descritos por las dos normas se superponen conceptualmente, de forma tal que, al menos, siempre que pretendamos aplicar una de ellas nacerá el conflicto con la otra"³⁵⁶. Por el contrario, la antinomia externa o en concreto aparece "sólo en presencia de un caso concreto donde se advierte la concurrencia de ambas normas y sólo en ese momento

³⁵⁴ (2009 p 175)

³⁵⁵ De acuerdo con David Martínez Zorrilla, quien emplea dicha expresión, al estudiar los conflictos constitucionales como presupuesto de la aplicación de la ponderación como método de solución de las antinomias (2007 p 89)

³⁵⁶ (Op Cit p 178)

aplicativo se justifica por qué optamos en favor de una u otra opción que puede tener diferente resultado en un caso distinto³⁵⁷. No es posible definir la contradicción en abstracto, puesto que el juicio definitivo depende de las circunstancias del caso, haciendo necesaria razones y valoraciones particulares. Han sido denominadas, según otros autores como antinomias internas o necesarias y antinomias externas o contingentes, respectivamente³⁵⁸, apareciendo las primeras con la contradicción entre las normas del sistema y las segundas vienen a ser generadas por las concretas circunstancias empíricas del caso.

De acuerdo con la clasificación de los conflictos normativos, Jorge Baquerizo Minuche, confirma que las llamadas antinomias en concreto realmente hacen posible la utilización de directrices conocidas como *mandatos de optimización*³⁵⁹, distintas a las pautas interpretativas clásicas, balanceando los principios contrapuestos dado que responden al "postulado de coherencia del ordenamiento jurídico"³⁶⁰. En términos generales, desde su óptica jurídica, esa operación o fórmula suministra justificaciones diferentes y oponibles al momento de adoptar una decisión en el caso concreto.

³⁵⁷ (Ibid p 179)

³⁵⁸ Según Ricardo Guastini, estos dos tipos de conflictos están referidos a los principios constitucionales, siendo "el conflicto en abstracto aquel que se produce, cada vez que dos normas conceden dos consecuencias jurídicas incompatibles a dos clases de supuestos de hechos - o si se quiere, ofrecen dos soluciones incompatibles para dos casos de controversias- que se sobreponen (en todo o en parte) desde el punto de vista conceptual. Este tipo de conflicto puede ser identificado por vía de interpretación textual en abstracto, haciendo abstracción de cualquier supuesto de hecho concreto sobre cualquier controversia particular." Por su parte, "un conflicto en concreto se produce cada vez que -al momento de la aplicación del derecho en un caso concreto- se observa que dos normas conceden dos consecuencias jurídicas incompatibles al mismo caso concreto. Un conflicto de este tipo no puede ser identificado sino con ocasión de la aplicación de las normas en cuestión a un caso particular al cual ambas se revelan aplicables" (2007 p 632)

³⁵⁹ Es la expresión acuñada por Robert Alexy, cuya noción envuelve prohibiciones incluso, y que sirve para designar o definir el peso de los principios contrapuestos en el ámbito de los derechos fundamentales. Así, la ponderación implica un mandato de optimización ante la colisión de principios contenidos en las normas de derechos fundamentales, considerando el grado de insatisfacción e intensidad de la medida adoptada que sea lesiva a tales derechos, y representa la clave para la solución de un problema central en la teoría de los derechos fundamentales. Se diferencia de los criterios legales que resuelven conflictos de reglas (2008 pp 63-95)

³⁶⁰ www.revistajuridicaonline.com/index.php?0/consultado en enero de 2009, pp 25-32

Como quiera que las antinomias entrañan un problema jurídico, se hace necesario ver cómo pueden ser solucionadas esas contradicciones normativas, ya que no tienen cabida los conocidos criterios tradicionales (jerárquico, cronológico y de especialidad), pues éstos operan ante normas de distinto rango desde el punto de vista metodológico, no así cuando se trata de normas de rango supremo contentivas de derechos fundamentales

2.2 Ponderación y proporcionalidad como cánones de enjuiciamiento en la solución de conflictos de derechos fundamentales

En las controversias constitucionales donde las antinomias descritas tienen presencia, como fue anotado, cabe establecer la correspondiente armonización o equilibrio de los intereses supremos enfrentados, lo cual se consigue con la utilización de una técnica no muy tradicional, conocida como la ponderación y/o proporcionalidad. ambas diseñadas para darle solución a las colisiones entre normas o principios pertenecientes al mismo cuerpo normativo como son los derechos fundamentales

Esa máxima y/o pauta directriz representa una respuesta a los conflictos constitucionales, reflejados por los intereses contrapuestos en las relaciones de trabajo, imponiéndose el balance o control sobre el peso específico de los derechos supremos, primordialmente, disputados en el plano judicial. Se trata de fijar por contexto un orden de preferencia en los conflictos de derechos fundamentales, mediante ese modo de interpretación y aplicación de esos derechos, preservando la plenitud del ordenamiento supremo y la consolidación del Estado de Derecho

Dicha técnica o singular actuación, originada en la praxis judicial, introduce una forma distinta de solución de los conflictos de derechos dentro del régimen supremo que

permite una transformación del sistema de justicia. Se dijo ya que vocablos tales como adecuación, razonabilidad, ponderación y proporcionalidad, constituyen medios de evaluación y de argumentación alejados de la forma tradicional del razonamiento jurídico. Todas esas expresiones se introdujeron sin soporte legal, al ser creadas por vías de hecho, cuando se puso fin a controversias judiciales mediante actos que no quedan exentos de vaguedad ni maleabilidad

La ponderación como actividad discrecional del juez está dirigida a sopesar los valores o intereses enfrentados dentro del pleito constitucional, que envuelve apreciaciones políticas e ideológicas con incidencia en el perfeccionamiento del Estado de Derecho, descartándose que sea una tarea del legislador y una labor mecánica de los jueces a la hora de interpretar los preceptos constitucionales. Por lo tanto, la necesaria ponderación de los supremos derechos enfrentados en el terreno judicial implica que la labor argumentativa del intérprete constitucional calibre y determine los valores éticos y políticos que la comunidad aspira como expresión jurídica, esto es, establezca los juicios de valor de la Constitución que viene a enmarcar todo el sistema normativo

En cuanto a su verdadero origen histórico se ha dicho que el Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América, en 1936, sentó las bases de la técnica ponderativa como fórmula de interpretación y aplicación de la normativa constitucional, acuñándose el término *balancing*, a raíz de la infracción de los preceptos que reconocieron los derechos individuales y civiles a todas las personas. La ponderación de intereses vino a sustituir el pragmatismo y formalismo, basada en el realismo jurídico, por el equilibrio de derechos e intereses en pugna de orden constitucional. En tal sentido, se expresa Santiago Sánchez

González, cuando indica que "el recurso generalizado a la técnica de la ponderación como método interpretativo-resolutivo de pleitos representó, sin duda, en Norteamérica, una forma de acreditar que se había superado el viejo método formalista y que se tenían en cuenta el razonamiento judicial consideraciones tales como los condicionantes del entorno socio-político y las posibles consecuencias del fallo judicial. La ponderación, por otra parte, proporcionó no pocos beneficios al poder judicial, porque de su utilización parecía desprenderse un halo de imparcialidad y de conexión con la realidad concreta de los hechos, que tiene en cuenta todos los intereses relevantes en el caso y los sopesa cuidadosamente a fin de alcanzar una decisión lo más objetiva posible, todo parecía sugerir a la postre, una motivación detallada y una adaptación de la jurisprudencia a las circunstancias siempre cambiantes de la vida"³⁶¹. Sugiere esto que es una entidad que no se queda estática sino que fluctúa ante las distintas situaciones y realidades que puedan presentarse en un momento determinado.

También se dijo que el Tribunal Constitucional alemán, en el famoso caso *Luth*, vino a aplicar la técnica de la ponderación-*Abwägung*, estableciendo la Constitución en toda su dimensión como un orden objetivo de valores. Se instituye así esa operación intelectual en el constitucionalismo alemán y se prescinde de los tradicionales cánones de interpretación jurídica, arraigándose en la jurisprudencia con el objeto de "determinar la constitucionalidad o inconstitucionalidad de una intervención en los derechos fundamentales, estableciendo en cada caso cuál es la jerarquía entre los bienes supuestamente enfrentados. Los alemanes, por otra parte, a la hora de ponderar utilizan

³⁶¹ (2003 p 7)

de modo indistinto los términos intereses, bienes y valores, los cuales se sirven de la expresión *Güterabwägung*³⁶².

Bajo el nombre de *bilanciamento* como derivación del juicio de razonabilidad, en los años de 1957 y 1958, se vino a reconocer esa técnica en el contexto italiano. De la igualdad al *bilanciamento* de intereses se percibe el paso a la técnica de juicio de tipo interpretativo a una de tipo argumentativo, quedando el *bilanciamento* como "una forma de decidir que no deriva de un silogismo jurídico, sino que está dirigido a formular un juicio de valor necesario para seleccionar las premisas del silogismo mismo. Aquí la razonabilidad alcanza el máximo de independencia de las funciones aplicativas propias de un juez"³⁶³. Se establecen juicios de valor, obviamente, cuando se atribuye el peso de los intereses concurrentes en el caso sujeto a decisión constitucional³⁶⁴.

Según se dice el *bilanciamento* representa la ulterior y última evolución del juicio de razonabilidad, siendo ello una tendencia de los jueces italianos que se asimila a la ponderación que viene a estar conformada con tres fases que son: la identificación de los bienes y valores constitucionales afectados, la determinación de la regla del conflicto donde se procede a verificar el peso de los bienes o valores enfrentados en las circunstancias del juicio, y la evaluación del interés público que se pretende satisfacer mediante el sacrificio de los valores protegidos. En su orden, estas pautas de su estructura se conocen como criterio de *contemperamento*, el criterio de *minimo mezzo* y la regla de *coessensialità del limite*, tal como precisa la Corte Constitucional italiana.

³⁶² *Ibid* p 9

³⁶³ *Ibid* p 10

³⁶⁴ El *bilanciamento* es considerada una modalidad de control de razonabilidad, desde una perspectiva de la interpretación de los preceptos constitucionales, cuya finalidad consiste en fijar las bases de argumentación sobre el peso de los derechos fundamentales enfrentados en casos concretos.

Tanto filósofos³⁶⁵ como laboristas³⁶⁶, a una voz, entienden que la ponderación judicial y/o proporcionalidad está compuesta de tres partes, cánones o sub-principios, las cuales sirven para determinar el contenido de los derechos fundamentales enfrentados en un pleito.

Para Luis Pietro Sanchís el juicio de ponderación, nombrado también *razonabilidad e interdicción de la arbitrariedad*, comprende "tres pasos o fases de argumentación, a saber la adecuación, aptitud o idoneidad de la medida objeto de enjuiciamiento en orden a la protección o consecuencia de la finalidad expresada, la necesidad de la medida y ha de acreditarse que no existe otra que obteniendo en términos semejantes la finalidad perseguida, resulte menos gravosa o restrictiva, y se completa con la proporcionalidad en sentido estricto que, en cierto modo, condensa todas las exigencias anteriores y encierra el núcleo de la ponderación, aplicable esta vez tanto a las interferencias públicas como a las conductas de los particulares"³⁶⁷ Se trata de valoraciones que tienen una conexión íntima, conformando la ponderación, aunque respondan a reclamaciones peculiares y exigencias planteadas frente a las diversas controversias de derechos fundamentales

³⁶⁵ También Carlos Bernal Pulido observa que el principio de proporcionalidad aparece estructurado en tres sub principios, ya mencionados, siendo el criterio que determina el contenido de los derechos fundamentales. Esos sub principios tienen el carácter de reglas, aunque esa consideración no es compartida por toda la doctrina, dado que algunos la estiman principios y no directrices concretados por la jurisprudencia (2007 pp 594-599). Asimismo, David Martínez Zorrilla, explica que la ponderación concebida como un mecanismo para dar respuesta a problemas de colisión o conflicto normativo, se materializa a través del principio de proporcionalidad que se descompone de tres sub-principios, ya enunciados como son la idoneidad, necesidad y estricta proporcionalidad, y también mediante la teoría de la coherencia o razonamiento práctico (2007 pp.237-274)

³⁶⁶ En la doctrina española, Fernando Valdés Dal Re, expone que "la proporcionalidad puede ser y es manejada como canon para enjuiciar la aplicación e interpretación judicial de los derechos fundamentales y también puede ser y es utilizada para enjuiciar el ajuste constitucional de la labor normativa del legislador en materia de derechos fundamentales", siendo ella una pauta directriz o criterio de control constitucional, desde una perspectiva metodológica, el cual se concreta con las máximas de adecuación, indispensabilidad y estricta proporcionalidad (2003 p 64). Antonio Sempere, cuando habla de la modulación laboral de los derechos cívicos del trabajador, advierte que ello se cumple con la ponderación contextualizada de los derechos fundamentales en conflicto, mediante "un triple escalón, alusivo a las reglas de indispensabilidad, proporcionalidad y justificación" que se aplican de modo conjunto y complementario (2006 p 480)

³⁶⁷ (Op Cit pp 200-201)

También se dice que la ponderación conduce a la exigencia de la proporcionalidad y que implica establecer un orden de preferencia ante el caso concreto

Sobre la ponderación de bienes constitucionales y la delimitación de los derechos en conflictos, escribe Ignacio Villaverde Menéndez que aquella implica una "técnica de solapamiento de expectativas de conducta que sólo puede resolverse sopesando unas y otras, indagando que valor o interés último persiguen y dando valor preferente al interés más cualificado o importante en el caso concreto, mientras que la delimitación entraña fijar límites aunque no existan conflictos"³⁶⁸ La imposición de los límites se cumple con el principio de proporcionalidad, cuyos elementos medulares son la exigencia de idoneidad o adecuación, la exigencia de necesidad o intervención mínima y la exigencia de proporcionalidad en sentido estricto, los cuales revelan distintas intensidades en el grado de su concreta aplicación

Según Tomás de Domingo la proporcionalidad, también conocida como el juicio de ponderación judicial, se concreta por medio del juicio de adecuación que "examina, por una parte, si el bien colectivo que se pretende alcanzar tiene cobertura constitucional, y, por otra, si la medida es adecuada para alcanzarlo, pues de lo contrario su adopción no estaría justificada, el juicio de necesidad requiere indagar si la medida en cuestión es la menos restrictiva de las posibles y, además, si es absolutamente necesaria para alcanzar el bien colectivo en cuestión o, por el contrario, existen medidas igualmente adecuadas y carentes de consecuencias lesivas para el derecho fundamental con el que colisiona, y, finalmente, el principio de proporcionalidad en sentido estricto exige valorar si los

³⁶⁸ (2008 p 176)

beneficios que se derivan de la consecución de dicho bien colectivo son mayores que los perjuicios inherentes al sacrificio del derecho fundamental³⁶⁹. Para este autor el principio descrito constituye el núcleo del bien común que persigue la teoría de la justicia del neoconstitucionalismo

Se observa que existe cierta conexión entre las técnicas de ponderación y proporcionalidad, notándose que existe una frágil línea divisoria o una relación de género a especie entre dichas operaciones o fórmulas judiciales, tal como expuso la jurisprudencia extranjera. Así, con la STC 219/92 se dijo que " *en el juicio de ponderación debe operar, entre otras circunstancias, el criterio de proporcionalidad como canon de constitucionalidad, que exige que toda acción legitimadora del ejercicio de un derecho fundamental adoptada en protección de un derecho fundamental que se enfrente a él sea equilibradora de ambos derechos y proporcionada con el contenido y finalidad de cada uno de ellos*", evidenciando su generalidad, y se declaró que " *el juicio de proporcionalidad no es sino una variante o especie de la ponderación de bienes intereses*". De otro lado, según las resoluciones 50/95, 66/95 y 161/97, ese Tribunal sostuvo que el juicio de ponderación está incluido en el principio de proporcionalidad, quedando al descubierto un tratamiento carente de sistemática y uniformidad de ambos conceptos

En un estudio reciente sobre esta particular temática, José Luis Ugarte Cataldo, explica que estas técnicas "suponen la concurrencia de condiciones previas para su operación como son. que no exista regulación que ordene autoritariamente el conflicto entre

³⁶⁹ (2011 p 15)

derecho fundamentales de las partes de la relación de trabajo y, por otro lado, que las posiciones jurídicas de estas se encuentren adscritas a un derecho o interés de rango constitucional³⁷⁰. La falta de intervención jurídica o legislativa en la fijación de criterios que determinen la solución de los conflictos entre derechos supremos, permite la instrumentación de la ponderación y/o proporcionalidad que hará valer en los casos particulares el juez constitucional, al interpretar el contenido y alcance del principio enfrentado; y también abre la puerta para la aplicación de estas máximas o pautas la confrontación entre las posiciones jurídicas de rango constitucional reflejadas en el marco de la empresa, ya que lo contrario daría lugar a la aplicación de otros criterios legales

2.2.1 Aportes de los Tribunales Constitucionales extendidos a los conflictos laborales

La ponderación tiene carta de naturaleza constitucional en la experiencia comparada, ya que es considerada como una técnica empleada para definir el peso y contenido de los derechos fundamentales en conflicto, representando un genuino aporte de los jueces constitucionales. A pesar de las incertidumbres que los estudiosos han advertido cuando se avocan a su estudio dogmático, se puede decir que dicha fórmula se encuentra profundamente arraigada al sistema de justicia, en sede constitucional, siendo una operación legítima cuya elaboración doctrinal es reconocida y aceptada de manera unánime.

³⁷⁰ (2013/4 pp 122-123)

Es una operación casuística de no fácil comprensión y satisfacción, en el fondo, debido a la diversidad de las situaciones que posibilitarían su cabida, dando lugar a su innegable trascendencia e incidencia

En efecto, el Tribunal Constitucional Español, en innumerables pronunciamientos, viene sosteniendo que *"la relación laboral, en cuanto tiene efecto típico la sumisión de ciertos aspectos de la actividad humana a los poderes empresariales, es un marco que ha de tomarse en forzosa consideración a la hora de valorar hasta qué punto debe de producirse la coordinación entre el interés del trabajador y el de la empresa cuando puedan colisionar"*, como se expuso en la Sentencia 99/94 del 11 de abril, en su fundamento jurídico No 5 También sostuvo que *"la modulación que el contrato de trabajo puede producir en el ejercicio de los derechos fundamentales ha de ser la estrictamente imprescindible para el logro de los legítimos intereses empresariales, así como proporcional y adecuada a la consecución de tal fin"*, según la Sentencia 213/02 del 11 de noviembre, en su fundamento jurídico No 7

Y con referencia a los derechos de intimidad y propia imagen, claramente, se dijo en otro interesante fallo que *"el derecho a la intimidad de la persona, en cuanto derivación de la dignidad que le es reconocida por el artículo 10 CE, implica la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, pudiendo ceder ante intereses constitucionalmente relevantes como es el ejercicio del poder de dirección del empresario imprescindible para la buena marcha de la empresa"*, de acuerdo con la Sentencia 142/93 del 22 de abril, en el fundamento No. 7 Se observa que estas sentencias constitucionales, contienen la doctrina jurisprudencial sobre la ponderación de derechos

fundamentales inespecíficos del trabajador y poderes del empresario, emitidas frente a problemas suscitados en el ámbito laboral.

También se recepta el principio de proporcionalidad en el continente latinoamericano, tal como puso de manifiesto en la Sentencia C-1176 de 2001 de la Corte Constitucional colombiana, cuando se expuso que *"la necesidad de que exista proporcionalidad entre los medios y los fines perseguidos por la norma ha sido también resaltada por la jurisprudencia, la cual propone tres pasos para resolverlo así entonces, a) los medios escogidos deben ser adecuados para la consecución del fin perseguido, b) los medios empleados deben ser necesarios para la consecución de ese fin y, c) los medios empleados deben guardar proporción con los fines perseguidos, esto es, que el principio satisfecho por el logro de este fin no sacrifique principios constitucionales más importantes"* Esta técnica de solución de los conflictos de derechos fundamentales, llamada ponderación o *balancing*, sirve como criterio de evaluación que pretende optimizar el bien colectivo³⁷¹.

En Perú, la ponderación y el principio de proporcionalidad han sido reconocidos en la solución de conflictos de normas iusfundamentales, suscitados en las relaciones entre empleadores y trabajadores, según la reseña hecha por la doctrina de la Sentencia del Tribunal Constitucional, fechada el 29 de marzo de 2006, que dispuso que *"aplicado este principio a la intervención en el derecho de igualdad y no discriminación, resulta indispensable realizar una comparación entre dos pesos o intensidades 1 Aquel que se encuentra en la realización del fin de la medida legislativa diferenciadora, y 2 Aquel*

³⁷¹ (2009 p 147)

que radica en la afectación del derecho fundamental de que se trate, de manera tal que la primera de éstas deba ser, como se ha mencionado, por lo menos, equivalente, a la segunda. Igualmente, se precisa, en relación con este mismo derecho fundamental, que se establece aquí una relación directamente proporcional según la cual cuanto mayor es la intensidad de la intervención a la afectación de la igualdad, tanto mayor ha de ser el grado de realización u optimización del fin constitucional. Si esta relación se cumple, entonces la intervención en la igualdad habrá superado el examen de la ponderación y no será inconstitucional, por el contrario, en el supuesto de que la intensidad de la afectación sea mayor al grado de realización del fin constitucional, entonces, la intervención en la igualdad no estará justificada y será inconstitucional¹⁷², cuando fue decidido el expediente 0004-2006-PI/TC

Es claro que el principio de proporcionalidad actúa en dos ámbitos y momentos distintos, a saber, como límite del legislador, cuando este regula o impone límites a los derechos fundamentales, y como parámetro para que el órgano de control constitucional decida sobre la constitucionalidad de la ley que regula el derecho constitucional.

La aplicación del principio de proporcionalidad -en uno de los casos más frecuentes en Chile- se dio cuando se produjo la instalación de cámaras de videos en el interior de las empresas, quedando enfrentados el derecho a la intimidad del trabajador y el derecho de propiedad del empleador, y tuvo el juez que resolver el conflicto al efectuar la ponderación entre esos derechos. La solución de balanceo a favor de la intimidad, brindada en el caso de las cámaras de vigilancias en las empresas, vino a limitar los

¹⁷² (2007 p 131)

mecanismos de control y se convirtió en un precedente interesantísimo en el tema de derechos fundamentales inespecíficos. La Corte Suprema chilena dijo que *"dentro del recinto laboral, constituido por el ámbito de actividad propio de los empleados, los trabajadores tienen derecho a la privacidad o intimidad, manifestándose ello en el deseo de como en el caso de autos, se mantenga en la esfera laboral y sindical las actividades realizadas por ellos, sin que en él se permita la intromisión de terceros. Lo anterior puede ser compatibilizado con la existencia de un sistema de vigilancia y protección en el recinto laboral, pero éste no debe estar desviado de la seguridad empresarial"* Más adelante se sostuvo que *"el sistema de cámaras debe cumplir con ciertos requisitos, los que expresan claramente el resultado a favor de la intimidad en ese caso de ponderación judicial, a saber 1 No deben dirigirse directamente al trabajador, sino que, en lo posible, orientarse a un plano panorámico, 2 Deben ser conocidos por los trabajadores, es decir, no pueden tener un carácter clandestino, y 3 Su emplazamiento no debe abarcar lugares, aun cuando ellos se ubiquen dentro de las dependencias de la empresa, dedicados al esparcimiento de los trabajadores, tales como comedores y salas de descanso, así como tampoco en aquellos en los que no realiza actividad laborativa, como baños, casilleros, salas de vestuario, etc"*³⁷³, según la sentencia 05 01 2006, Rol No 5 234/2005. Como es sabido, este precedente judicial hizo suyo los criterios expuestos por la Dirección del Trabajo, entidad administrativa que formuló razonamientos claros y sesudos dictámenes que sentaron la más rica y consolidada doctrina de derechos fundamentales del trabajador.

³⁷³ (Op Cit p 155)

Esas técnicas argumentativas implican una labor esencialmente judicial³⁷⁴, habida cuenta que reflejan valoraciones éticas del texto fundamental que refleja la máxima expresión jurídica de la comunidad. También comportan un margen de discrecionalidad, dado su carácter valorativo a causa de sus apreciaciones ideológicas y políticas, pese a que ofrezcan un grado de certeza al resolver conflictos donde aparezcan enfrentados derechos supremos

Tienen base racional y objetiva los formulados juicios de valor diferenciados de la arbitrariedad o, más bien, tiende a encubrir la arbitrariedad judicial que jamás puede darse en el conflicto constitucional. La ponderación nunca es atribuible al legislador, por cuanto se trata de una forma de interpretación moral del texto constitucional, encaminada al perfeccionamiento del Estado de Derecho dentro del nuevo modelo de organización política de la sociedad, donde se potencia e involucra la participación activa de los ciudadanos y el respeto de sus derechos como persona

Se observa, entonces, que la ponderación judicial se presenta como un dilema entre certeza y discrecionalidad o, en palabras menos originales, como un medio de control de la discrecionalidad de los tribunales constitucionales o como una licencia para el desarrollo ilimitado de la misma. Por eso, cabe recordar las precisiones de Sergio Estrada Vélez, quien destaca los inconvenientes o bondades del uso de la ponderación en dos posiciones bien definidas, a saber "la primera indica que representa un aumento de la discrecionalidad a niveles que pueden rayar con la arbitrariedad, la segunda, defiende que

³⁷⁴ La determinación del contenido esencial de los derechos fundamentales, empleando las concepciones positivistas o iusnaturalistas, desde la perspectiva filosófica de Antonio Pérez Luño, constituye un problema específico de la interpretación y aplicación que tienen incidencia en el ámbito social y privado indudablemente, donde debe ser observado el principio *in dubio pro libertate* (1995 pp 310-316)

la ponderación, con auxilio de la argumentación presta importante ayuda a la disminución o limitación de la discrecionalidad judicial³⁷⁵. La débil frontera entre la arbitrariedad y el uso legítimo de la discrecionalidad, según este autor, depende del objeto sobre el cual recae que son los principios

El límite de la discrecionalidad está condicionado al supuesto de hecho de la norma que debe ser aplicada por el juez que fija el mayor peso del principio sobre el otro, cuando exista un conflicto de principios en un caso concreto, y sujeta a las racionales pautas que envuelven la determinación de la prevalencia de un principio sobre otro. Por otro lado, el uso ilimitado de la discrecionalidad o la extensión de la misma, debe considerar las reglas que conforman su estructura o pasos de aplicación que representan elementos primarios de control. La ponderación se viene a convertir en una herramienta para la aplicación de las normas que reconocen derechos fundamentales pasando primero por su necesaria interpretación, fenómeno estrechamente vinculado, pero distinto desde el punto de vista metodológico.

Por su parte, Juan Antonio Barrero-Berardinelli estima que "la operación de balanceo o ponderación implica la aplicación de la relación de precedencia condicionada entre principios ante la insuficiencia de los criterios tradicionales de interpretación"³⁷⁶. Este método de interpretación surgido a partir del paradigmático fallo *Luth*, tiene aplicación frente a las colisiones de derechos fundamentales, ya que la confrontación entre reglas se resuelve mediante el ejercicio de la subsunción. Esta técnica de interpretación deviene de

³⁷⁵ (2010 pp 83-84)

³⁷⁶ (2012 p 226)

la doble dimensión de los derechos fundamentales, según se aprecia en la sentencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán en 1958.

Entre nosotros no ha tenido cabida la aplicación de la proporcionalidad en los escasos conflictos que son de competencia de la autoridad administrativa de trabajo, ni en los diversos procesos ventilados en la jurisdicción laboral y constitucional, aunque no faltaran situaciones donde pueda ser empleada esa técnica judicial³⁷⁷. No obstante, recientemente el Pleno de la Corte Suprema de Justicia dispuso la aplicación del principio de proporcionalidad ante el enfrentamiento que se dio entre el derecho de huelga y el derecho a la libertad de comercio e industria, previsto en el artículo 298 de la Constitución Política, cuando se censuraba el artículo 476 del Código de Trabajo como violatorio del ordenamiento constitucional.

La máxima autoridad de justicia, como tribunal constitucional, sostuvo que las limitaciones al ejercicio de la huelga, como derecho fundamental, establecidas a nivel legislativo, se consagran para garantizar que ninguna de las partes sumergidas en un conflicto de trabajo se vea perjudicadas al momento del estallido de una huelga. Por ello, se concluyó que " *la frase impugnada contenida en el numeral 2 del artículo 476 del Código de Trabajo no violenta el artículo 69 de la Constitución Política, así como ningún otro artículo de nuestro Estatuto Fundamental*", según la sentencia de 20 de enero de 2014.

³⁷⁷ Al respecto, hace poco, expuse que se trata de un desafío la necesidad de reconocer la ponderación o la proporcionalidad como cánones de enjuiciamiento y así resolver los conflictos entre derechos fundamentales, cuyos titulares sean trabajadores y empleadores, buscando mantener el obligado equilibrio dentro de las relaciones laborales para que las mismas no quebranten la pacífica convivencia en la sociedad. (2014 pp 374-388)

El fallo aparece por razón de la advertencia de inconstitucionalidad promovida por una organización sindical, dentro de un proceso que perseguía la declaratoria de la ilegalidad de huelga ejecutada, tras no obtenerse la mayoría de los trabajadores facultados para votar y respaldar la huelga. Para el Pleno de la Corte Suprema se enfrentan dos derechos fundamentales, el derecho de huelga y el derecho a la libre empresa, y para que predomine aquel los trabajadores deben ejercer ese derecho conforme los requisitos establecidos en la Ley, es decir, asistir el día que se haga la votación para darle el respaldo o apoyo a la huelga. El reconocimiento de este principio se produjo por las formulaciones del Ministerio Público que destaca la finalidad u objetivo del principio de proporcionalidad constitucional que consiste en buscar una solución justa, lo cual es un apuntamiento certero, siguiendo las consideraciones doctrinales.

Se trata de la primera decisión constitucional, recientemente emitida, donde es reconocida la proporcionalidad como criterio básico para dirimir los conflictos donde están en juego derechos fundamentales en el ámbito de las relaciones laborales, esto es, el enfrentamiento entre la huelga como derechos específico y la libertad de empresa, como ya se dijo.

En definitiva, se observa un activismo judicial que tiende a estructurar una dinámica de equilibrio cuando se presentan colisiones entre principios o derechos fundamentales dentro del sistema de las relaciones laborales, inclusive.

3. El reconocimiento de los derechos ciudadanos dentro de la empresa: cambio paradigmático del sistema de relaciones laborales producto del activismo judicial:

La tendencia del neoconstitucionalismo trae aparejada profundas transformaciones para toda la ciencia del Derecho, incluyendo el Derecho del Trabajo, cuyos efectos se reflejan en la construcción de una renovada Teoría General

El modelo del nuevo Estado de Derecho, producto de la supremacía de las normas constitucionales, la coexistencia de una constelación plural de valores y su aplicación directa por los operadores jurídicos, implica que no se mantengan las viejas estructuras en los sistemas jurídicos. Esos elementos introducen cambios al sistema de relaciones de trabajo, particularmente en la configuración del contrato de trabajo, reconociendo que los derechos del trabajador como persona y ciudadano tienen que ser respetados dentro de la empresa, inclusive

Por consiguiente, la incidencia de los derechos constitucionales del trabajador dentro de la dialéctica del contrato de trabajo, resulta clave para comprender el Derecho del Trabajo contemporáneo, el cual se viene asentado en el desarrollo de la democratización de las relaciones laborales y, al mismo tiempo, constituye un elemento crucial en la nueva concepción del Estado Constitucional de Derecho que se refleja en los conflictos surgidos por el ejercicio de tales derechos

3.1 Cambio paradigmático al sistema de relaciones laborales

El reconocimiento de los derechos constitucionales del trabajador dentro del contexto del contrato de trabajo, tras la utilización del método ponderativo o la aplicación de los

cánones de proporcionalidad, viene a reflejar un verdadero cambio de paradigma en el sistema de relaciones laborales, tal como dice Luigi Ferrajoli, cuando señala que "la explícita introducción en la relación de trabajo de la lógica de los derechos fundamentales como derechos universales e indisponibles, altera el viejo modelo de derecho privado, estableciendo una dimensión pública y constitucional"³⁷⁸

Dicho autor entiende que la inserción de esos derechos a la fábrica, en cuanto lugar de trabajo, deja de ser un lugar privado -o una simple propiedad del patrono- y se convierte en un lugar público, donde el trabajador no es una mercancía y se convierte en sujeto de derechos fundamentales que son inviolables y no negociables porque tienen el valor de leyes del más débil como alternativa frente al más fuerte, con lo cual sugiere un retorno a la vieja polémica sobre la naturaleza jurídica del Derecho del Trabajo pública o privada

El sentido publicista de la relación de trabajo, asignado por el citado autor, supone una la aplicación o actuación de la Constitución en este tipo de relación jurídica, que desecha la creciente tendencia hacia la privatización de las relaciones laborales y potencia una revalorización sobre la persona que debe ser protegida dentro del ordenamiento laboral. La esfera pública es aquella que persigue asegurar, a través del reconocimiento de los derechos fundamentales, la dignidad de las personas y con ella su igualdad, cuando menos como mínimos, dentro de un sistema político que se encuentra dominado por la desigualdad en el mercado de trabajo. Claramente, se aprecia que a la tradicional dimensión vertical de los derechos fundamentales como derechos del individuo frente al Estado, se suma su dimensión horizontal como derechos del individuo frente a otros

³⁷⁸ (2010 p 288)

sujetos privados, o sea, dentro de las formaciones sociales donde se desarrolla su personalidad.

De acuerdo con ese enfoque, Wilfredo Sanguinetti Raymond, expone que "el reconocimiento de la eficacia horizontal de derechos fundamentales constituye el presupuesto técnico-jurídico para la aplicación de estos derechos de titularidad general o inespecífica, y cuando se estén limitando por alguna actuación empresarial -lo que entraña una colisión de derechos-, la solución a ese conflicto vendría a darse con la aplicación del denominado principio de proporcionalidad, garantizándose la plena vigencia de la Constitución en las organizaciones productivas"³⁷⁹

Llega a esa conclusión tras admitir que la compleja aplicación de la proporcionalidad a la solución de conflictos de derechos fundamentales entre los sujetos privados vinculados con el ejercicio de tales derechos, incluidos los que afectan a trabajadores y empleadores, envuelve que los derechos fundamentales del trabajador pueda ser objeto de restricciones de importancia cuando exista un interés extraordinario del empleador con suficiente intensidad para prevalecer sobre el interés del trabajador, por un lado, y, por el otro, que la pretensión del trabajador al ejercer un derecho fundamental limitado sólo pueda ser admitida cuando quepa asignarle un peso superior en la ponderación. Se trata, en el fondo, de la doble dimensión que tiene el traslado de esa regla al terreno laboral

³⁷⁹ (2013 pp 78-95)

Ese equilibrio flexible que plantea el autor debe procurarse en los conflictos entre derechos fundamentales en el marco de las relaciones laborales, indudablemente, representa una nueva fase en la constitucionalización del Derecho del Trabajo³⁸⁰

Entonces, se viene a producir una reconstrucción jurídica del contrato de trabajo, dado que se refuerza y robustece la protección de los derechos del principal sujeto obligado en la estructura de ese vínculo jurídico -el trabajador-, pues se presenta una revaloración de su condición y dignidad humana

3.2 *Desafío pendiente y reto permanente de los regímenes jurídicos democráticos*

En esta investigación ha quedado establecido que la doctrina de los efectos frente a terceros de los derechos fundamentales, es producto del activismo judicial, originado en sede laboral y luego difundido en el terreno constitucional, lo que implica que su reconocimiento estuvo basado en una amplia concepción filosófica de esta categoría especial de derechos

Se otorga efectividad a los derechos fundamentales del trabajador con esta tendencia que fue establecida como una expresión jurídica que cuestionaba el individualismo y la limitada configuración del orden social, durante la época de un agónico constitucionalismo liberal, dado paso a la consolidación el Estado social de Derecho

³⁸⁰ Vid., las anotaciones de María Emilia Casas Baamonde, cuando destaca que la problemática de la nueva constitucionalización del Derecho del Trabajo, entraña una profunda renovación del contenido y papel de las fuentes de esta ciencia jurídica, al igual que una intensa recomposición constitucional del contrato de trabajo, pues "la Constitución no sólo se queda a las puertas de la fábrica, sino que entra en la empresa expresamente a través del contrato de trabajo, siempre que los pactos que éste incorpore resulten, como los colectivos, constitucionalmente admisibles" (2004 pp 132-135). En definitiva, expandir la Constitución supone empujar el proceso de constitucionalización del Derecho del Trabajo -segunda o tercera etapa-, a partir del contrato de trabajo

Los trabajadores en su condición de personas quedaban excluidos de una ciudadanía plena, ya que se desconocían sus libertades públicas, previa a la aparición del constitucionalismo democrático y social. Con la garantía de los derechos sociolaborales en los textos constitucionales se determina que el Derecho del Trabajo sea una realidad específica con principios constitucionales propios, una disciplina separada del Derecho Civil, una categoría particular para las necesidades de un sector que ha sido situado en los márgenes de la sociedad, a fin de procurar la igualdad. Los derechos con *status* de ciudadanía que tienen presencia fuera de los lugares de trabajo, según la *Drittwirkung der Grundrechte*, vienen a ser reconocidos en los centros de trabajo a esos grupos sociales.

La extensión de los derechos fundamentales al campo de las relaciones laborales, y al resto de las relaciones entre particulares, supuso un gran desafío que fue asumido por la doctrina jurisprudencial en los avanzados sistemas jurídicos de la época y, todavía, constituye un reto permanente en todas las actuales sociedades democráticas. La eficacia real de los derechos fundamentales de la persona del trabajador depende de un sistema de garantías, técnicas e institucionales, que se activa cuando el empleador con sus facultades jurídicas viene a desconocerlos o vulnerarlos.

Así, los mecanismos de tutela o protección jurisdiccional que son operados para el efectivo reconocimiento de este tipo de derechos, vienen a constituirse en medios de defensa que complementan su vigencia.

No obstante, el reciente desafío se centra en instituir el criterio de evaluación que vendría a medir la legitimidad de las medidas estatales o privadas que restringen el ejercicio de

los derechos fundamentales, esto es, armonizar los derechos fundamentales en conflicto mediante una clara operación jurídica que los juristas alemanes han denominado ponderación, herramienta indispensable para entender y lograr una adecuada protección de los derechos fundamentales. Por tanto, la ponderación viene a ser la pauta que determina el valor del interés o bien constitucional dentro del caso concreto, cuando exista colisión de derechos fundamentales de las personas.

Se puede decir que el debate, en la actualidad, consiste en establecer la pauta directriz que fije el equilibrio y la adecuada protección de los derechos fundamentales cuando se encuentran enfrentados entre sí, frente a un conflicto que se tiene que ser definido ante la jurisdicción respectiva conforme al sistema normativo de que se trate. En gran medida, la ponderación permite resolver colisiones de principios en situaciones particulares y establecer su grado de realización en el orden constitucional. La situación actual de la ponderación se encuentra entre mantener su ascenso o desencanto, tras su surgimiento en la teoría alemana como fruto de la argumentación jurídica, aunque constituye un verdadero método de interpretación de los derechos fundamentales.

Finalmente, se advierte que el respeto por los derechos fundamentales de la persona es una obligación y deber de las autoridades públicas, extensiva a todos los sectores de la sociedad, que solo podrá ser mantenido con la aplicación de la teoría de la ponderación, una de las figuras claves del Estado Constitucional de Derecho.

CONCLUSIONES:

Con esta investigación queda evidenciado que, el reconocimiento de los derechos fundamentales en el ámbito de las relaciones laborales, constituye un tema de interés en los sistemas que pretenden establecer un verdadero Estado Constitucional de Derecho.

Los derechos fundamentales inespecíficos como la libertad de expresión, religiosa e intimidad y privacidad, vienen propiciando el complicado ingreso de la Constitución en la empresa por cuanto limitan otros derechos constitucionales, teniendo que ser equilibrados ante las antinomias o situaciones de conflicto o choques de intereses contrapuestos protegidos en ese terreno jurídico

Ante las indiferencias e inconsistencias que han sido descritas en el estudio presentado, se impone la construcción jurisprudencial de orientaciones y pautas que tiendan a la efectividad de los derechos de la persona del trabajador, pese a no se cuente con un sistema de tutela judicial específico que se aplique a esta categoría especial de derechos

Entonces, se estima que es necesario el establecimiento de garantías procesales e institucionales que permitan la plena vigencia de los derechos fundamentales en el contrato de trabajo

I. CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LOS DERECHOS LABORALES CORRIENTE EXPANSIVA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

1 En el contexto del Estado Liberal de Derecho se dio una fuerte protección del individuo frente al poder público, cuando se proclamaron las libertades civiles y políticas, a raíz de las revoluciones burguesas tras la desaparición de los regímenes feudales y

monárquicos, es decir, el Estado absolutista de la época medieval donde no se contemplaron libertades colectivas ni los llamados derechos sociales

Las libertades civiles y políticas plasmadas en la primeras constituciones de los países anglosajones, fruto de las revoluciones liberales y burguesas ocurridas ante la negación de las libertades del individuo como la propiedad privada, de comercio, libertad personal, de expresión y religiosa, se concibieron como derechos individuales y políticos por excelencia, dentro de un Estado de corte liberal. Estos derechos constitucionales se oponían al poder omnímodo del Estado y estaban caracterizados por un acentuado individualismo, como es obvio, teniendo un reducido ámbito de validez o una concepción estrecha, ya que se aplicaban sólo a las relaciones entre el Estado y los ciudadanos

El constitucionalismo liberal donde se enfatizaron los derechos individuales, vino a ser cuestionado cuando se produjo la aparición del movimiento obrero y sus organizaciones y se escenificaron duras batallas y luchas por la conquista de sus libertades y derechos colectivos, durante la revolución industrial, hasta que fueron coronados con su incorporación en los textos constitucionales, produciéndose una expansiva tendencia hacia la proclamación constitucional de los derechos laborales y sociales

2 Con la *tendencia hacia la constitucionalización de los derechos laborales*, se vino a ampliar la protección de los derechos fundamentales de las personas que tienen la condición de trabajadores, impulsando la igualdad dentro de una sociedad profundamente dividida por factores económicos y sociales que dieron lugar a la aparición del Estado Social de Derecho

Los derechos constitucionales de contenido social, reconocidos tras por las intensas luchas por las conquistas de la libertades sindicales durante la revolución industrial están basados en los valores de igualdad, y encaminados erradicar las discriminaciones y desigualdades e injusticias sociales en todo sistema económico de corte liberal, pues no son meras declaraciones de buenas intenciones o compromisos políticos sino derechos fundamentales que tiene aplicación directa y son susceptibles de exigibilidad judicial, aunque no hayan sido desarrollados legislativamente

3 Los derechos laborales al ser incorporados a los ordenamientos constitucionales, después de haberse impuesto a la clase que detentaba los medios de producción por la fuerza y la conciencia de clase alcanzada por el movimiento obrero, han sido situados al lado de las libertades civiles y políticas, lo que implica que tienen la misma jerarquía jurídica, llegando a ampliarse el ámbito de los derechos constitucionales

II. PROBLEMÁTICA DE LA *DRITTWIRKUNG DER GRUNDRECHTE* UNA APORTACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA LABORAL TRASLADADA A LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL.

1 La constitucionalización de los derechos laborales no ha sido suficiente para reivindicar y hacer justicia a la situación de los trabajadores en la sociedad y en las empresas, conduciendo ello a que el movimiento sindical sin abandonar el *bloque de laboralidad* destine sus actividades y estrategias a la defensa y el respeto de la persona humana, condición inherente a todos los trabajadores, la cual es desconocida e irrespetada por los empresarios

El reconocimiento de las libertades públicas y los derechos de la persona que le son inherentes al trabajador dentro del contrato de trabajo, sin duda alguna, se debe al ingenio

de *Hans Carl Nipperdey*, uno de los más destacados laboristas del continente europeo, cuando cuestionara la exclusiva vinculación de esos derechos públicos subjetivos en las relaciones entre ciudadano y Estado, desde su posición de juzgador en el Tribunal Federal Laboral Alemán durante los años cincuenta del siglo XX

La tesis del magistrado y jurista alemán tuvo el propósito de ampliar el radio de acción de los derechos públicos subjetivos, utilizando la expresión de *George Jellinek*, a las relaciones entre particulares incluidas las sometidas al Derecho del Trabajo, esto es, a aquellas relaciones jurídicas que no estaban y no están regidas por el Derecho Público. Dicha idea estuvo fundada en la directa aplicación de derechos consagrados en la Ley Fundamental de *Bonn* de 1949, tales como la dignidad de la persona, la igualdad y no discriminación, el libre desarrollo de la personalidad dentro de disputas laborales

La doctrina de la *Drittwirkung der Grundrechte* que fuera concebida en la jurisdicción laboral, bajo la iniciativa de *Nipperdey*, rápidamente es recogida por la jurisprudencia constitucional dentro del famoso caso *Erich Luth*, quien acudió al Tribunal Constitucional Alemán con la finalidad que se anulara la sentencia de la jurisdicción ordinaria que lo condenó a pagar una indemnización a favor de *Veit Harlan*, por haberle causado daños, cuando hizo llamados a la audiencia para que no respaldaran aquella película que favorecía el régimen fascista. El principal argumento de *Luth*, cuando acudió a ese tribunal era que estaba ejerciendo su libertad de expresión, quedando establecido en la sentencia de 15 de enero de 1958, que las actividades consideradas de boicoteo estaban amparadas por ese derecho fundamental

La aplicación directa de los derechos fundamentales, entendidos como derechos humanos consagrados en los textos constitucionales que están dotados de garantías reforzadas, es producto de una construcción jurisprudencial creada en el derecho alemán que vino a cuestionar la vigencia exclusiva de este tipo de derecho en las relaciones entre el individuo y el Estado, disponiendo su eficacia en las relaciones jurídicas de tráfico jurídico privado debido a que los particulares también están obligados y vinculados a ellos y tienen que ser respetados. Así, se sostiene que la validez de los derechos fundamentales se extiende a las relaciones jurídicas entre particulares, dando lugar a los llamados efectos frente a terceros de los derechos fundamentales

Los derechos fundamentales no se reducen a su concepción vertical o unidireccional, sino que tienen vigencia horizontal o multidireccional. Por tanto, esta categoría especial de derechos no se limitan a su aplicación en las relaciones entre el Estado y los particulares, sino que deben ser reconocidos en el tráfico jurídico entre particulares como se dio en el seno de las relaciones laborales

La extensión de la validez de los derechos fundamentales que se produjo en el ámbito de las relaciones laborales, durante el siglo pasado en el continente europeo, con la aplicación inmediata de tales derechos implica su reconocimiento directo, dado que no es necesario ni indispensable que el legislador haya establecido una regulación previa, conocida como la eficacia inmediata o directa de los derechos fundamentales. Con ella se podrá invocar directamente la protección contenida en la norma constitucional que establece el derecho fundamental que se considera vulnerado dentro del contexto de la relación o contrato de trabajo

Frente a esa tesis aparece otra posición que plantea la eficacia mediata o indirecta de los derechos fundamentales donde se requiere la mediación del legislador o la intervención del juez antes del reconocimiento del derecho fundamental invocado. Entonces, no es posible invocar directamente la vulneración del derecho fundamental, dado que es necesaria una mediación legislativa o una actuación judicial, por medio de la cual se haya desarrollado o implementado el afectado derecho fundamental.

A diferencia de la aplicación directa de los derechos fundamentales, la operatividad mediata de estos derechos está condicionada a la intervención de un órgano del Estado, sea la expedición de una disposición jurídica por parte del legislador o la recepción o aplicación de la normativa por el juez, cuando interpreta la norma aplicable al caso concreto.

2 La problemática de la *Drittwirkung der Grundrechte* se desdobra en dos cuestiones distintas, a saber: aquella encaminada a determinar la extensión o alcance de los derechos fundamentales en distintos ámbitos jurídicos, lo que equivale a incrementar su validez o vigencia en todo el ordenamiento; y la otra que está referida a establecer el modo de hacer exigible judicialmente esos derechos fundamentales, buscando su eficacia dentro de los sistemas normativos. Ambas cuestiones tienen estrecha conexión y están entrelazadas, ya que el reconocimiento de los derechos fundamentales, cuya validez ha sido invocada ante su vulneración, depende de sus garantías o mecanismos de tutela o protección judicial.

La vigencia de los derechos fundamentales de la persona del trabajador junto con la cuestión que alude a su eficacia, en la actualidad, representa una pieza clave dentro del

Estado Constitucional de Derecho habida cuenta que se pretende la supremacía de la Constitución sobre el resto del ordenamiento jurídico, dando lugar a su aplicación directa dado su carácter vinculante a fin de asegurar el respeto de los derechos y valores contenidos en las disposiciones constitucionales

Con la doctrina de la *Drittwirkung der Grundrechte*, cuyo reconocimiento se dio en Europa y luego se trasladara a los sistemas jurídicos latinoamericanos, se inicia el inacabado *proceso de laborización de los derechos constitucionales* debido a que las empresas como organizaciones económicas y jurídicas concentran poderes que al ser ejercidos lesionan libertades públicas y derechos subjetivos de los trabajadores. Estos derechos han sido calificados como derechos fundamentales inespecíficos, terminología acuñada por Manuel Carlos Palomeque López, dado que no tienen vinculación directa con el trabajo y menos naturaleza laboral propiamente, pero sí pueden ser ejercidos en el seno de la relación o contrato de trabajo. También se les denominan derechos de titularidad genérica, derechos de personalidad o derechos personales de los trabajadores.

El disfrute de los derechos fundamentales de la persona del trabajador viene a concretarse por medio de las acciones contempladas en la normativa infraconstitucional y constitucional, las cuales pueden ser entabladas ante la justicia laboral y constitucional, desde una perspectiva comparada ellas hacen parte de la tutela reforzada como expresa la doctrina científica. La plena vigencia de los derechos de ciudadanía en el interior de la empresa requiere de mecanismos procesales idóneos y eficaces, como una condición necesaria, para que ellos tengan eficacia.

Las garantías reforzadas de los derechos fundamentales del trabajador que son operadas para la defensa de esa categoría de derechos cuando han sido vulnerados dichos derechos por parte del empleador dentro de la empresa, sin duda, constituyen los medios para que sean reconocidos y no sean considerados simple poesía o sean vistos como meras entelequias. La ausencia o presencia insuficiente o deformada de mecanismos procesales equivale a su no reconocimiento, ineficacia o falta de adecuada protección

III. INGRESO DE LA CONSTITUCIÓN AL INTERIOR DE LA EMPRESA.

1 El acceso de la Constitución al interior de la empresa, desde una perspectiva comparada, se produce con el reconocimiento de ciertas libertades y derechos como son la igualdad de trabajo y no discriminación, la libertad religiosa y de culto, de expresión, de intimidad y privacidad, de inviolabilidad de correspondencia y toda comunicación privada del trabajador, al derramar sus efectos sobre las relaciones jurídicas que se desarrollan en ese ámbito. Los derechos fundamentales de la persona del trabajador, ya señalados, representan los que mayor aplicación y significación han tenido conforme la jurisprudencia y legislación extranjera

El derecho a la igualdad e interdicción a no discriminación, tanto al empleo como al acoso, comprende una doble dimensión que consiste en recibir u obtener el mismo tratamiento que se les dispensa a otras personas ante la ley y en la aplicación de la ley, por un lado, y, por el otro, a no ser tratado de manera diferente por ninguna circunstancia dentro de la empresa, es decir a no ser objeto de tratamiento denigrante por el empresario, sea al procurarse un empleo, ascenso o promoción, como a no ser hostigado por motivo alguno. Este derecho fundamental se proyecta en diferentes ámbitos y momentos de la

relación de trabajo. Esos derechos fundamentales se receptan en preceptos constitucionales diferentes, en nuestro medio, tal como se observa de la lectura del ordenamiento constitucional que contempla la interdicción a la no discriminación en el artículo 18 de la Constitución Política, en tanto, que la igualdad ante y frente a la ley se contempla en el artículo 20 constitucional.

El derecho a la igualdad y no discriminación es desarrollado en el plano infraconstitucional, a través de instrumentos jurídicos que persiguen la inclusión de personas que se hallan en situaciones de vulnerabilidad, sea por alguna condición de discapacidad o por enfermedad, siendo aplicable tanto en la esfera privada como en el sector público. Entonces, dentro del territorio nacional no es posible excluir a las personas del empleo ni de las oportunidades laborales. Tampoco están autorizados los comportamientos de acoso sexual o psicológico en nuestra vida social.

El ejercicio de la libertad religiosa en el ámbito de las relaciones laborales reclama que el empleador no pueda entrometerse en las creencias y convicciones que profesa el trabajador, ni pueda por ese motivo o por cualquier otro, afectar o modificar sus condiciones de trabajo. Mucho menos imponerle sus creencias religiosas como cuando se producen los cierres de la empresa, debido a las fiestas y celebraciones religiosas del empleador, y no se les reconocen esos días o se les imputan a las vacaciones de los trabajadores los días de cierre, lo cual es una práctica frecuente en muchas empresas.

La libertad de expresión del trabajador puede ser ejercida en la empresa, sin más limitaciones que las establecidas en la ley, como un instrumento que cumpla una doble función reivindicativa frente al empleador encaminado a lograr mejores beneficios y de

denuncia a fin de revelar las irregularidades que se presenten en su interior y en los centros de trabajo. Quedan excluidas de su ámbito, en su ejercicio individual y colectivo, aquellas manifestaciones que configuran incumplimientos graves las obligaciones acordadas o convenidas con el empleador

La intimidad y privacidad del trabajador implica que se mantengan fuera del conocimiento del resto de las personas, aquellos asuntos íntimos y reservados que han sido revelados al empleador o descubiertos por éste, dada su condición de tal, por razón de la relación laboral. Así, no es permitida la intromisión a las cuestiones personales o a la vida privada del trabajador, por ningún medio, salvo las circunstancias objetivas previstas en la Ley

La incorporación de las nuevas tecnologías de la información y comunicación ^(Tics) vienen comprometiendo el ejercicio del secreto e inviolabilidad de la correspondencia y toda forma de comunicación privada del trabajador, cuando es interceptada por el empleador sin la expresa autorización de éste o se accede a ella sin orden o licencia judicial, bajo el argumento que se trata de propiedad y servicios provenientes de la empresa que son puestos a disposición de los trabajadores para el cumplimiento de sus obligaciones laborales. Cualquier dato o información obtenida irrespetando este derecho personal, sea penetrando o interviniendo la comunicación privada, debe ser considerada ilícita y, en consecuencia, no podrá ser utilizada en ninguna controversia y menos ser convalidada por el juzgador cuando se utilizada y no haya sido cuestionada

Las diversas y distintas situaciones que han permitido la aplicación de los derechos fundamentales de la persona del trabajador, siempre buscaban afectar la dignidad de este

sujeto que tiene una posición en la relación de trabajo y que constituye el fundamento de esta categoría especial de derechos

2. Los derechos fundamentales de la persona del trabajador no son derechos absolutos puesto que deben mantener su coexistencia con el resto de los derechos de las demás personas, bienes y valores protegidos constitucionalmente, quedando sometidos a las restricciones que delimitan el contorno de su contenido o sus elementos esenciales determinados por el ordenamiento constitucional, los cuales deben ser reconocidos por juzgador ante las circunstancias y situaciones específicas. Se entiende que las limitaciones de los derechos fundamentales deben respetar los contenidos esenciales de esos derechos

Con independencia que los derechos fundamentales inespecíficos de los trabajadores tengan restricciones frente a los propios empresarios, como sujetos que forman parte de la sociedad, debe enfatizarse que ellos se erigen en verdaderos frenos o límites ante los poderes empresariales debido a la singular configuración de la relación jurídica, habida entre ellos, donde se reconocen intereses contrapuestos y fronteras recíprocas

3 La *interiorización* de los derechos fundamentales en el contrato de trabajo, como pieza clave del Estado Constitucional de Derecho, entre nosotros debe ser recibida por vía de una construcción jurisprudencial de avanzada que descansa sobre el respeto de la dignidad de la persona, uno de los valores axiológicos incorporados en nuestra carta magna, siguiendo aquella tendencia que aboga por la ciudadanía en la empresa conforme la doctrina y jurisprudencia extranjera.

Las insuficiencias de las garantías establecidas en el ordenamiento jurídico positivo para hacer valer los derechos fundamentales de la persona del trabajador, serán superadas con la adopción de mecanismos de tutela eficaces e idóneos, siguiendo las experiencias implementadas en los sistemas jurídicos europeos y latinoamericanos. Concretamente, habrá que diseñar procedimientos de tutela laboral de los derechos fundamentales como los existentes y operados en España y Chile, y que pronto instituirá el derecho peruano para complementar la labor de su Tribunal Constitucional que viene estableciendo la penetración del Derecho Constitucional en las relaciones de trabajo, y se tendrá que permitir las acciones de amparos de garantías constitucionales contra actos de particulares

En el plano nacional se hace necesario el establecimiento de un ente constitucional -sea Sala o Tribunal- que se ocupe de forma exclusiva y permanente de las acciones que tiendan a salvaguardar y reconocer los derechos fundamentales de la persona del trabajador en el ámbito de las relaciones laborales, a pesar de la traumática experiencia que se tuvo con la Sala Quinta de la Corte Suprema de Justicia, cuya aparición y rápida abolición provocó un gran debate en la sociedad panameña

IV. EQUILIBRIO JUDICIAL ANTE LA COLISIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES DEL TRABAJADOR Y PODERES EMPRESARIALES.

1 El trabajador en su condición de persona y ciudadano conserva una serie de derechos que están resguardados en el ordenamiento constitucional, al igual que el empleador cuando se reconoce el derecho a la propiedad privada y la libertad de empresa, están legitimados para demandar del Estado la protección de sus derechos en el contexto del

contrato de trabajo y con ello se producen choques que hacen difícil la convivencia de esos derechos constitucionales

2 Entre las partes del contrato y relación de trabajo convergen intereses contrapuestos que determinan la existencia diferente de derechos fundamentales, cuyo ejercicio provoca diversas situaciones de conflictos que deben ser armonizados o equilibrados por medio de una técnica especial, denominada ponderación, la cual se puso en práctica desde la mitad del siglo pasado por la jurisprudencia alemana. Esa técnica judicial impone el peso o fuerza del derecho fundamental en conflicto, basado en la jerarquía axiológica y no en las tradicionales pautas de interpretación y aplicación del derecho, con el fin de establecer su compleja coexistencia. Se establece la reivindicación de las libertades garantizadas como derechos fundamentales con la producción de la concordancia práctica o con el equilibrio de los enfrentados derechos fundamentales

La ponderación y la proporcionalidad son los cánones de enjuiciamiento utilizados para la solución de los conflictos de derechos fundamentales, conocidos como contradicciones de la normativa constitucional o antinomias, puesto que fijan el orden o nivel de preferencia del derecho controvertido e irrespetado con la finalidad de establecer la plenitud y coherencia del ordenamiento jurídico y la consolidación del Estado de Derecho. Ante la conflictiva relación de los derechos de la persona del trabajador y los poderes empresariales, se impone un equilibrio con certeza alejado de la arbitrariedad, siempre considerando las circunstancias del caso concreto sometido a escrutinio judicial, lo que equivale a decir que el equilibrio no tiene una prevalencia abstracta

Los *mandatos de optimización* que han sido utilizados para dejar balanceados los principios contrapuestos en el ámbito de los derechos fundamentales dentro de los pleitos constitucionales, como explica *Robert Alexy*, reflejan un activismo judicial que viene provocando un cambio de paradigma en el sistema de relaciones laborales. En este sentido, otro de los retos pendientes en nuestra jurisprudencia, será precisar el juicio de ponderación o mejor el método ponderativo como una técnica normativa que permita el equilibrio de los derechos fundamentales, siendo una herramienta de Derecho Constitucional y, a su vez, como la forma de modernizar o introducir cambios en el sistema de relaciones laborales que se impone en el nuevo mundo del Derecho del Trabajo.

RECOMENDACIONES:

Luego del estudio realizado en esta investigación científica, relacionada con la aplicación de la *Drittwirkung der Grundrechte* en el contrato de trabajo, creo que el ingreso de esa doctrina a los tribunales laborales y a la jurisprudencia nacional, podría materializarse, si tomamos en cuenta las siguientes sugerencias

- 1 En primer lugar, convendría que se procediera con la construcción de toda una línea jurisprudencial donde se establezca y admita la teoría de los efectos frente a terceros de los derechos fundamentales, habida cuenta que ella permitirá consolidar el Estado Social de Derecho y, a su vez, potenciara la aparición del Estado Constitucional de Derecho, siguiendo las experiencias aplicadas a los sistemas laborales en países como España, Chile y Perú
- 2 También sería necesaria la adopción de mecanismos procesales como los operados en el ordenamiento español y chileno, tanto a nivel constitucional como en el plano legal, destinados a salvaguardar los derechos inherentes de la persona dentro de las relaciones laborales, ya sea consagrando la Acción de Amparo de Garantías Constitucionales contra actos de particulares y/o configurando un procedimiento especial de tutela laboral de los derechos fundamentales inespecíficos, cuya descripción fue analizada en este trabajo
- 3 Por último, debería promoverse la realización de estudios dogmáticos y jurisprudenciales sobre los derechos fundamentales del trabajador, pues la literatura panameña no cuenta con muchos trabajos de investigación referidos a esta temática compleja, lo cual contribuiría con la bibliografía nacional

BIBLIOGRAFÍA:

1. AA VV. **Ensayos sobre Historia Constitucional de Panamá**, Editora Jurídica Panameña, Panamá, 1986.
2. AA VV. **Estudios de Derecho Constitucional Panameño**, Editora Jurídica Panameña, Panamá, 1987
3. AA VV. **Temas de Derecho Procesal Constitucional Latinoamericano**, Universal Books, S A , Panamá, 2012
4. AA VV **Los Principios del Derecho del Trabajo**, Editorial Centro de Estudios Financieros, España, 2003
5. AA VV **Las Transformaciones del Derecho del Trabajo en el marco de la Constitución Española**, Editorial La Ley, España, 2006
6. AA VV **Memoria del XI Congreso Centroamericano y del Caribe de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social**, Panamá, octubre, 2008
7. AA VV **El Principio de Proporcionalidad y la Interpretación Constitucional**, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Ecuador, 2008
8. AA VV **Memorias y Comunicaciones del 2º Congreso Internacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social**, *Revista Derecho del Trabajo No. 5 (Extraordinaria)*, Isla de Margarita-Venezuela, abril-mayo, 2008.
9. AA VV **1er Congreso Nacional de Derecho del Trabajo**, Academia Panameña de Derecho del Trabajo, Panamá, 2002
10. AA VV. **30 años de vigencia del Código de Trabajo**, Academia Panameña de Derecho del Trabajo, Panamá, 2002
11. AA VV **100 Años de Legislación de Trabajo en Panamá** (Coordinadores Vasco Torres De León y Humberto Villásmil Prieto), Academia Panameña de Derecho del Trabajo, Panamá, 2014
12. AA VV **Los Derechos Fundamentales y su Protección Jurisdiccional**, Editorial Colex, España, 2007
13. AA VV **Tratado Latinoamericano de Sociología del Trabajo**, Editorial Fondo de Cultura Hispánica, México, 2000
14. AA VV **Cuarenta y dos Estudios sobre la Descentralización Empresarial y el Derecho del Trabajo**, Fundación de Cultura Universitaria Uruguay, 2000
15. AA VV **Los derechos fundamentales y su protección jurisdiccional**, *Constitución y Ley*, S A , España, 2007
16. AA VV **Teoría General de los Derechos Fundamentales en la Constitución Española de 1978**, Editorial Tecnos, S A , 2004

- 17 AA. VV **25 Años de Jurisprudencia Constitucional (25 sentencias fundamentales comentadas)**, Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, S.A., España, 2007
- 18 AA. VV **Estudios de Derecho Judicial. Claves para la reforma de la jurisdicción contencioso-administrativa**, Escuela Judicial, Órgano Judicial de Panamá, Panamá, 2001
- 19 AA. VV **Teoría del neoconstitucionalismo**, Editorial Trotta, S.A., España, 2007.
20. AA VV **Derechos Fundamentales y su Protección, Temas Básicos de Derecho Constitucional**, 2a ed., Editorial Civitas-Thompson Reuters, T III, España, 2011
- 21 AA VV **Libertad de Empresa y Poder de Dirección del Empresario en las Relaciones Laborales**, Editorial Aranzadi, España, 2011
- 22 AA VV **Revista Cultural Lotería, No. 511**, Noviembre-Diciembre, Editora Sibauste, Panamá, 2013
- 23 AA VV **Los Derechos a la Intimidad y a la Privacidad en el Siglo XXI**, Editorial Dykinson, S L, Colombia, 2014
- 24 ABA CATOIRA, Ana *"El concepto jurisprudencial de límite de los derechos fundamentales"*, www/ruc.udc.es/bitstream/2183/1984/1/AD-2-1/pdf, consultado en octubre de 2010
- 25 ABAD YUPANQUI, Samuel B *"El derecho al secreto de las comunicaciones Alcances, límites y desarrollo jurisprudencial"*, **Revista Pensamiento Constitucional**, Año XVI No 16/ISSN 1027-6769, Perú, 2012
26. ABRAMOVICH, Víctor y Otro **Los derechos sociales como derechos exigibles**, 2ª ed., Editorial Trotta, España, 2004
- 27 AGUILAR DE LUQUE, Luis *"Los límites de los derechos fundamentales"*, **Revista del Centro de Estudios Constitucionales**, No. 14, Enero-abril, 1993
28. ALDUNATE LIZANA, Eduardo *"La titularidad de los derechos fundamentales"*, **Estudios Constitucionales**, año/vol 1, Centro de Estudios Constitucionales, Santiago de Chile, 2003
- 29 ALEXY, Robert **Teoría de los derechos fundamentales**, 2ª ed., Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008
30. ALONSO GARCIA, Manuel **Curso de Derecho del Trabajo**, 9ª ed., Editorial Ariel, S A., España, 1985
- 31 APARICIO ALBA, Raúl **Jerarquía Constitucional de los Tratados sobre Derechos Humanos**, S/E, Panamá, 2001
- 32 APARICIO ALBA, Raúl **Proceso Contencioso de Protección de los Derechos Humanos**, S/E, Panamá, 2001

- 33 APARICIO ALBA, Raúl **La Cooperación Judicial Internacional en el Sistema Interamericano**, S/E, Panamá, 2007.
34. ARANGO DURLING, Virginia *"El Proceso Contencioso-Administrativo de los Derechos Humanos"*, **Anuario de Derecho No.21**, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad de Panamá, 1995
35. ARANGO DURLING, Virginia **Dignidad Humana y Derechos Humanos**, Ediciones Panamá Viejo, S A., Panamá, 2002.
- 36 ARANGO DURLING, Virginia **Protección Penal de los Derechos de los Trabajadores**, Ediciones Panamá Viejo, Colección Penjurpanama No. 4, Panamá, 2011.
- 37 ARANGO DURLING, Virginia **Manual de Derechos Humanos**, Ediciones Colección Penjurpanama, No. 9, Panamá, 2013
38. ARANGO OLAYA, Mónica *"El Bloque de Constitucionalidad en la Jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia"*, www/cesi.edu.co/esn/contenido/pdfs/cic-marango-bloque.pdf, consultado en octubre de 2009
- 39 ARANGO RIVADENEIRA, Rodolfo **El Concepto de Derechos Sociales Fundamentales**, Editorial Legis, Universidad Nacional de Colombia, Colombia, 2005
40. ARAÚZ, Heriberto *"Análisis Crítico de la Justicia Constitucional en Panamá"*, **II Congreso Panameño de Derecho Procesal**, Instituto Colombo Panameño de Derecho Procesal, Panamá, 2005
- 41 ARAÚZ, Heriberto *"Perspectivas de la Corte Constitucional en el Proyecto de Reformas Constitucionales de 2012"*, **Temas de Derecho Procesal Constitucional Latinoamericano**, Universal Books, Panamá, 2012
- 42 ARAÚZ, Heriberto **El Proceso Constitucional de Amparo, Doctrina y Jurisprudencia**, HAS Editor, Panamá, 2012
- 43 ARCE ORTIZ, Elmer **La Nulidad del Despido Lesivo de los Derechos Constitucionales**, 2ª ed , ARA Editores, Perú, 2006
- 44 ARCE ORTIZ, Elmer *"La tutela laboral de los derechos fundamentales del trabajador una asignatura pendiente en tiempos de reforma"*, www.trabajo.gob.pe/boletin/documentos./boletin_30_01 p 1-2, publicado en 2012, por la Pontificia Universidad Católica de Perú, consultado el 30 de mayo de 2015
- 45 ARCHIBOLD BLAKE, Vicente **Los Derechos Humanos en el Proceso Contencioso Administrativo**, Coordinadora Popular de Derechos Humanos, Panamá, 1991

46. ARJONA LÓPEZ, Adán Arnulfo. *"La Justicia y las Reformas Constitucionales de 2004"*, **Estudios de Derecho Judicial**, Editorial Sibauste, S. A , Panamá, 2008.
47. BARRERO-BERARDINELLI, Juan Antonio *"El Efecto de Irradiación de los Derechos Fundamentales en el Luth de 1958"*, **Revista Colombiana de Derecho Internacional**, 2012
48. BARRIOS GONZÁLEZ, Boris **Introducción a los Derechos Fundamentales**, Editorial Cultural Portobelo, Panamá, 2013
49. BARRIOS GONZÁLEZ, Boris **Introducción al Constitucionalismo Contemporáneo**, Editorial Universal Books, S A , Panamá, 2012
50. BARRIOS GONZÁLEZ, Boris **El Amparo contra Actos de Particulares o La Eficacia de los Derechos Fundamentales entre Particulares**, Editorial Universal Books, S A , Panamá, 2012
51. BARRIOS GONZÁLEZ, Boris **La Tutela de los Derechos Fundamentales: de la Justicia de Reglas a la Justicia de Principios**, Editorial Biblioteca Jurídica Dike, Colombia, 2014
52. BASTIDA FREIJEDO, Francisco *"El Fundamento de los Derechos Fundamentales"*, Revista Redur No 3, 2005
53. BARRIOS GONZÁLEZ, Boris **Derecho Procesal Constitucional**, Editorial Jurídica Ancón, Panamá, 1999
54. BAYLOS, Antonio y Otro **El despido o la violencia del poder privado**, Editorial Trotta, España, 2009
55. BAZ TEJEDOR, José Antonio **La Tutela Judicial de los Derechos Fundamentales en el Proceso de Trabajo**, Editorial Lex Nova, S A , España, 2006
56. BENAVIDES PINILLA, Víctor Leonel **Compendio de Derecho Público Panameño**, Ediciones Jurídicas Andrés Morales, Colombia, 2012.
57. BERNAL PULIDO, Carlos **El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales**, 3ª ed , Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007
58. BERNAL PULIDO, Carlos *"Los Derechos Fundamentales y la Teoría de los Principios"*, **Cuadernos de Filosofía del Derecho**, No 30, España, 2007
59. BERNAL VILLALAZ, Miguel Antonio y Otro **La Sala Quinta: Argumentos y documentos sustentadores de su antijuricidad y de su reviviscencia anticonstitucional**, Asociación Panameña de Derecho Constitucional y Cultural Portobelo, Panamá, 2011
60. BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos **Derechos Fundamentales de la Persona y Relación de Trabajo**, Fondo Editorial, Pontificia Universidad Católica del Perú, Perú, 2007

- 61 BLANCO ZUÑIGA, Gilberto **De la interpretación legal a la interpretación constitucional**, Editorial Gustavo Ibañez, Colombia, 2010
62. BLASCO PELLICER, Ángel *"Los derechos fundamentales inespecíficos en las relaciones colectivas de trabajo"*, Ponencia presentada en el XXI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de Seguridad Social, celebrado en Pamplona, España, los días 29-30 de mayo de 2014
- 63 BOBBIO, Norberto **Igualdad y Libertad**, Ediciones Paidós, España, 1993.
- 64 BOBBIO, Norberto. **El Tiempo de los Derechos**, Editorial Sistema Colección, España, 1991
- 65 BOLAÑOS CESPEDES, Fernando **Estudios de Derecho Laboral Moderno**, Editorial Jurídica Continental, Costa Rica, 2011
- 66 BOROWSKI, Martín **La estructura de los derechos fundamentales**, Universidad Externado de Colombia, Colombia, 2003.
- 67 BRONSTEIN, Arturo *"La protección de la vida privada en el lugar de trabajo"*, **Revista Derecho del Trabajo, Extraordinaria 5**, Fundación Universitas, Venezuela, 2008
- 68 CAAMAÑO ROJO, Eduardo *"La Eficacia de los Derechos Fundamentales en las Relaciones Laborales y su Reconocimiento por la Dirección del Trabajo"*, **Revista de Derecho**, Universidad Católica de Valparaíso, Vol XXVII, Semestre I, Chile, 2006
- 69 CAAMAÑO ROJO, Eduardo **El Derecho a la No Discriminación en el Empleo**, Editorial Lexis Nexis, Chile, 2005
- 70 CAAMAÑO ROJO, Eduardo *"El Bien Jurídico Protegido Frente a los Actos de Acoso Sexual en el Trabajo"*, **Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso**, XXV, Chile, 2004
- 71 CAAMAÑO ROJO, Eduardo *"El principio de igualdad de trato en el Derecho del Trabajo"*, **Revista de Derecho**, Universidad Católica de Valparaíso, Vol XXI, Chile, 2000.
- 72 CABEZA PEREIRO, Jaime y MARTINEZ YÁÑEZ, Nora María (Coordinadores) **La Tutela de los Derechos Fundamentales de los Trabajadores en Tiempo de Crisis**, Editorial Bomarzo, España, 2014
- 73 CÁMARA BOTÍA, Alberto *"Poder del empresario y prohibición de discriminación en el empleo"*, **Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales**, España, 2011
- 74 CAMERLYNCK, GH y LYON-CAEN, G **Derecho del Trabajo**, 5ª ed, Editorial Biblioteca Jurídica Aguilar, 1974
- 75 CAMPOS RIVERA, Domingo. **Derecho Laboral**, 7ª ed, Editorial Temis, S.A, Colombia, 2003

- 76 CASAS BAAMONDE, María Emilia "*¿Una nueva constitucionalización del Derecho del Trabajo?*", **Revista crítica de teoría y práctica**, No 1, España, 2004
- 77 CARBONELL, Miguel (Coordinador) **El principio de proporcionalidad en el Estado constitucional**, Universidad Externado de Colombia, Colombia, 2007
- 78 CARDONA RUBERT, María Belén. "*Las relaciones laborales y el uso de las tecnologías informáticas*", **Revista Lan Harremanak**, 2003
- 79 CARVAJAL SANCHEZ, Bernardo **El principio de la dignidad de la persona humana en la jurisprudencia constitucional colombiana y francesa**, Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita, Universidad Externado de Colombia, Colombia, 2005
- 80 CEDALISE RIQUELME, Cecilio. "*Equilibrio judicial en la conflictiva relación entre derechos de la persona del trabajador y poderes empresariales*", **Anuario de Derecho No. 43**, Centro de Investigación Jurídica, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad de Panamá, Panamá, 2014
- 81 CEDALISE RIQUELME, Cecilio "*La eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones laborales cuestión incomprendida*", **Revista Iustitia et Pulchritudo No. 25**, Universidad Santa María La Antigua, Panamá, 2011
- 82 CEDALISE RIQUELME, Cecilio "*La vigencia de los derechos fundamentales en el ámbito laboral aproximación doctrinal e inserción jurisprudencial*", **Revista Lex**, Colegio Nacional de Abogados, Panamá, 2010
- 83 CEDALISE RIQUELME, Cecilio "*Los derechos fundamentales de los trabajadores en la Constitución Panameña*", **Anuario de Derecho No.36-37**, Centro de Investigación Jurídica, Universidad de Panama, Panamá, 2007/2008
- 84 CEDALISE RIQUELME, Cecilio **La Impugnación de los Convenios Colectivos: Análisis crítico sobre legitimación, motivos y tramitación procesal**, Universal Books, Panamá, 2008
- 85 CEDALISE RIQUELME, Cecilio **El Régimen Laboral de la Autoridad del Canal de Panamá**, Universal Books, Panamá, 2009
- 86 CEDALISE RIQUELME, Cecilio **El Tratamiento Jurídico de la Huelga en Panamá: Especial referencia a la exclusión en la Autoridad del Canal de Panamá**, Universal Books, Panamá, 2009.
87. CEDALISE RIQUELME, Cecilio "*Análisis crítico de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia sobre protección de los derechos humanos en Panamá*", **Boletín de Informaciones Jurídicas**, No 45, Centro de Información Jurídica, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad de Panamá, 2011
- 88 CEDALISE RIQUELME, Cecilio "*Los Derechos Fundamentales del Trabajador en el Proyecto de Reformas Constitucionales*", **Revista Trabajo y Seguridad**

- Social**, No.3, Academia Panameña de Derecho del Trabajo, Editora Sibauste, S.A., Panamá, 2011/12
- 89 CEDALISE RIQUELME, Cecilio. **Bases Sociojurídicas de la Libertad Sindical**, Editorial Portobelo, Panamá, 2003.
 90. CENTRO DE INVESTIGACIÓN Y PROMOCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS (CIPRODEH), **Los Derechos Fundamentales**, Texto Introductorio sobre Derechos Fundamentales, Honduras, 1996
 - 91 CHACÓN MATA, Alfonso Manuel **Derechos económicos, sociales y culturales: Indicadores y Justiciabilidad**, Universidad de Deusto, Bilbao, España, 2007
 92. CHEN STANZIOLA, María Cristina *“Los Derechos Fundamentales ante el desarrollo de las Nuevas Tecnologías”*, IV Congreso Panameño de Derecho Procesal, Instituto Colombo Panameño de Derecho Procesal, 2007
 - 93 CHEN STANZIOLA, María Cristina y Otro **Nuevas Tecnologías en la Administración de Justicia y Derechos Fundamentales**, Ediciones Doctrina y Ley Ltda , Colombia, 2013.
 94. CHEN STANZIOLA, María Cristina **Las Sentencias Constitucionales, Contenidos, Límites y Alcances en Materia de Derechos Fundamentales**, Ediciones Nueva Jurídica, Colombia, 2015
 - 95 CHINCHILLA HERRERA Tulio. **¿Qué son y cuáles son los Derechos Fundamentales?**, 2ª ed , Editorial Temis, S A , Colombia, 2009
 96. CHOCRÓN GIRÁLDEZ, Ana Maria *“El Proceso Laboral de Tutela de Derechos Fundamentales y Libertades Públicas en la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social”*, Estudio doctrinal, **Boletín del Ministerio de Justicia**, Año LXVI, Número 2142, mayo, 2012
 97. CORREA SUTIL, Sofía y Ruíz-Tagle Vial. Pablo **Ciudadanos en Democracia**, Fundamentos del Sistema Político Chileno, Debate, Chile, 2010.
 - 98 **CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA, Legislación y Jurisprudencia**, Civitas, Madrid-España, 2002
 - 99 CRUZ VILLALÓN, Pedro y FALCÓN PARDO, Javier *“Los Derechos Fundamentales en la Constitución Española de 1978”*, **Boletín Mexicano de Derecho Comparado**, enero-abril, año/vol XXXIII, número 097, México, 2000
 - 100 DE LA CUEVA, Mario **El Nuevo Derecho Mexicano de Trabajo**, 13ª ed , Editorial Porrúa, S A , Tomos I y II, México, 1993
 - 101 DE DOMINGO, Tomás. *“El Problema de la Drittwirkung de los Derechos Fundamentales Una aproximación desde la Filosofía del Derecho”*, www.archivo.uc3m.es/bitstream/10016/1528/1/DyL-2002-VII-11-Domingo.pdf , consultado el 11 de mayo de 2011

102. DE VEGA, Pedro. *"La eficacia horizontal del recurso de amparo el problema de la Drittwirkung der Grundrechte"*, **Garantías jurisdiccionales para la defensa de los derechos humanos en Iberoamérica**, UNAM, México, 1992
103. DEL REY GUANTER, Salvador *"Notas sobre los derechos fundamentales inespecíficos y el contrato de trabajo en la más reciente doctrina del Tribunal Constitucional"*, www.rabida.uhu.es/dspace/bitstream/handle/10272/2355/b13768918.pdf, consultado el 15 de marzo de 2012
104. DÍAZ GARCÍA, Iván *"Aplicación del procedimiento de tutela de derechos fundamentales en el suministro de trabajadores"*, **Revista Ius et Praxis**, Año 16, No 2, Chile, 2010
105. DÍAZ REVORIO, F. Javier. *"El derecho fundamental al secreto de las comunicaciones"*, **Revista de Derecho No. 59**, Pontificia Universidad Católica del Perú, Perú, 2006
106. DIEZ-PICAZO, Luis María **La derogación de las leyes**, Editorial Civitas, Madrid, 1990
107. DOMÍNGUEZ, Álvaro *"La Colisión y Ponderación de Derechos Fundamentales en las Relaciones de Trabajo Decisión Judicial y Democracia"*, **Revista de Estudios Ius Novum**, www.iusnovum.com/wordpress/la-colisión-y-ponderación-de-derechos-fundamentales, consultado en febrero de 2012
108. DOMÍNGUEZ MONTOYA, Álvaro Eduardo *"Una mirada genérica al alcance de los derechos fundamentales en las relaciones de trabajo"*, **Revista Actualidad Laboral**, Departamento de Derecho del Trabajo y Seguridad Social, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, NLXXXV, Dic, Chile, 2009
109. ENCABO VERA, Miguel Ángel **Derechos de personalidad**, Marcial Pons, España, 2012
110. CRUZ VILLALÓN, Jesús **Estatuto de los Trabajadores**, 30ª, Edición actualizada, Editorial Tecnos, S A, España, 2015
111. FÁBREGA PONCE, Jorge **Derecho Procesal de Trabajo (Individual y Colectivo)**, Litho-impresora, Panamá, Panamá, 1982
112. FABREGA PONCE, Jorge. *"El Trabajo en la Constitución"*, **Estudios de Derecho Constitucional Panameño**, Editora Jurídica Panameña, Panamá, 1987
113. FÁBREGA PONCE, Jorge **Código de Trabajo**, 22ª ed, Editora Jurídica Panameña, Panamá, 2011.
114. FERNANDEZ, Oswaldo. **La Intervención Telefónica y Las Pruebas Ilícitas en el Proceso Penal Panameño**, Editorial Unversitaria Carlos Manuel Gasteazoro, Panamá, 2006
115. FERRAJOLI, Luigi. **Democracia y Garantismo**, 2ª ed, Editorial Trotta, España, 2010

- 116 FERRAJOLI, Luigi **Derechos y Garantías**, 9ª ed, Editorial Trotta, Madrid, 2009
- 117 FERRAJOLI, Luigi. **Los fundamentos de los derechos fundamentales**, 2ª ed, Editorial Trotta, S. A., España, 2005
- 118 FERRARA Bórquez, Juan Carlos. *"Abriendo Canino en la Tutela de Derechos Fundamentales en Materia Laboral Buenas Intenciones, Malos Instrumentos"*, **Revista de Derecho**, Vol XXI-No 2-Diciembre, Chile, 2008.
- 119 FERREIROS, Estela *"El juego de los derechos y garantías constitucionales en el seno de la relación jurídica de esturpe laboral"*, **Revista Doctrina Laboral No. 195**, noviembre, 2001.
- 120 GALIANA MORENO, Jesús y Otros **Curso de Procedimiento Laboral**, 5ª ed, Editorial Tecnos, S A., España, 1998
- 121 GAMONAL CONTRERAS, Sergio **Ciudadanía en la Empresa o Los Derechos Fundamentales Inespecíficos**, Fundación de Cultura Universitaria, Uruguay, 2004
- 122 GAMONAL CONTRERAS, Sergio **El Procedimiento de Tutela de Derechos Laborales**, 3ª ed., Editorial Legal Publishing, Chile, 2008
- 123 GAMONAL CONTRERAS, Sergio **Fundamentos de Derecho Laboral**, 2ª ed, Editorial Legal Publishing, Chile, 2009
- 124 GASNELL ACUÑA, Carlos **El Origen del Derecho Administrativo y la Justicia Contencioso Administrativo**, Editorial Sistemas Jurídicos, S A, Panamá, 2015
125. GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo **Introducción al Estudio del Derecho**, 5ª ed, Editorial Porrúa, S A, México, 2004.
- 126 GARCÍA MURCIA, Joaquín **La Revisión de los Convenios Colectivos a través del Recurso de Amparo**. Editorial Tecnos, S A, España, 1992
- 127 GARCÍA MURCIA, Joaquín **El Control de Constitucionalidad de las Normas Laborales y de Seguridad Social, 20 casos de jurisprudencia constitucional**, Editorial Aranzadi, España, 2015
- 128 GARCÍA ROCA, Javier **La Experiencia de Veinticinco Años de Jurisdicción Constitucional en España**, Editorial Porrúa. S A, México, 2009
- 129 GARRORENA MORALES, Ángel **Derecho Constitucional, Teoría de la Constitución y sistema de fuentes**, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, España, 2011
- 130 GONZÁLEZ MIRANDA, Ericka Leticia *"El derecho a la propia imagen en la actualidad"*, **Revista Novum Ius**, No. 15, Asociación Nueva Generación Jurídica, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad de Panamá, Panamá, 2010

- 131 GONZÁLEZ MONTENEGRO, Rigoberto **El Habeas Corpus**, Colección de Derecho Constitucional No 1 , Panamá, 1995
- 132 GONZÁLEZ MONTENEGRO, Rigoberto **El Habeas Data**, Instituto de Estudios Políticos e Internacionales, Panamá, 1999
133. GONZÁLEZ MONTENEGRO, Rigoberto *"La justicia constitucional en Panamá"*, **Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional**, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, España, 1997
- 134 GONZÁLEZ MONTENEGRO, Rigoberto y Otro **El Derecho de Acceso a la Información y la Acción de Habeas Data: Un Estudio Legislativo**, Konrad Adenauer, Panamá, 2004
135. GONZÁLEZ MONTENEGRO, Rigoberto *"Las acciones de protección de los derechos fundamentales en las Reformas Constitucionales de 2004"*, **II Congreso Panameño de Derecho Procesal**, Instituto Colombo-Panameño de Derecho Procesal, Panamá, 2005
- 136 GONZÁLEZ MONTENEGRO, Rigoberto *"La importancia de la interpretación constitucional en la consolidación del Estado Constitucional de Derecho"*, **IV Congreso Panameño de Derecho Procesal**, Instituto Colombo Panameño de Derecho Procesal, Panamá, 2007
- 137 GONZÁLEZ MONTENEGRO, Rigoberto **La Intervención de las Comunicaciones Telefónicas**, Editorial Portobelo, Biblioteca de Autores Panameños. Panamá, 2008
- 138 GONZÁLEZ MONTENEGRO, Rigoberto **Curso de Derecho Procesal Constitucional**, 3ª ed , Editorial Portobelo, Biblioteca de Autores Panameños, Panamá, 2009
- 139 GONZÁLEZ MONTENEGRO, Rigoberto **Problemática de la Reviviscencia de la Ley**, Litho Editorial Chen, Panamá, 2012
- 140 GONZÁLEZ MONTENEGRO, Rigoberto **Inconstitucionalidad e Interpretación Constitucional**, Litho Editorial Chen, Panamá, 2013
- 141 GOULD IV, William B **Nociones de Derecho Norteamericano del Trabajo**, Editorial Tecnos, S A , España, 1991
- 142 GOYTÍA, Víctor Florencio **Las Constituciones de Panamá**, 2ª ed , Litografía e Imprenta, LIL, S A , Panamá, 1987
- 143 GUASTINI, Riccardo *"Ponderación Un análisis de los conflictos entre principios constitucionales"*, **Palestra del Tribunal Constitucional**, Revista mensual de jurisprudencia, Año 2, No 8, agosto, Perú, 2007
- 144 GUIZA, Leonardo y otro **Acoso Laboral en Colombia**, Editorial Legis, Universidad del Rosario, Colombia, 2013
- 145 GUERRA DE VILLALAZ, Aura E **Derecho Penal**, Parte Especial, Ediciones Panamá Viejo, Panamá, Tomo I, 2001

146. GUTIERREZ GUTIERREZ, Ignacio. *"Criterios de eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares"*, **Teoría y Realidad Constitucional**, No. 3, 1er semestre, UNED, 1999.
- 147 HABERMAS, Jürgen **Facticidad y Validez** Trotta, España, 2008
- 148 HERNANDEZ MEZA, Nelson *"La aplicación del principio de la armonización concreta en la solución de conflictos entre derechos fundamentales"*, **Revista de Derecho**, Universidad del Norte, Colombia, 2003
- 149 HERNÁNDEZ AMPIERE, Roberto y Otros **Metodología de la Investigación**, 3ª ed , Editorial McGraw Hill, Interamericana, México, 2003
- 150 HERRAIZ MARTÍN, Ma Sol **El Despido Nulo: Causas y Efectos (A propósito de la Jurisprudencia)**, Editorial Arazandi, S A , España, 2008
- 151 HERRERA MORÁN, Carlos. *"El fraude de la Sala Quinta"*, **La Prensa**, 8 de febrero de 2012
- 152 HOYOS, Arturo **Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social**, Editorial Jurídica Iberoamericana, S A , Panamá, 2005
- 153 HOYOS, Arturo. *"Las reformas constitucionales de 2004 visión general"*, Prólogo **Constitución Política de la República de Panamá**, Editorial Portobelo, Panamá, 2005.
- 154 HOYOS, Arturo **Interpretación Constitucional**, Editorial Temis, Colombia, 1993
- 155 HOYOS, Arturo. **Justicia Contencioso Administrativa y Derechos Humanos**. Instituto Panameño de Derecho Procesal, Panamá, 1991
- 156 HOYOS, Arturo **El Derecho Contencioso-Administrativo en Panamá, 1903-2005: Una introducción histórica de Derecho Comparado y Jurisprudencial**, Editorial Sistemas Jurídicos, S A , Panamá, 2005
- 157 HUECK, Alfred y NIPPERDEY, Hans Carl. **Compendio de Derecho del Trabajo**, Editorial Revista de Derecho Privado, España, 1963
- 158 HUECK, Alfred y NIPPERDEY, Hans Carl **Tratado de Derecho del Trabajo.**
- 159 HUECK, Alfred y NIPPERDEY, Hans Carl, **Compendio de Derecho del Trabajo**, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1963
- 160 HURTADO HUAILLA, Ana Cecilia *"Análisis jurisprudencial del derecho a la libertad religiosa"*, [http //www cedpe com/blogs/Delitos_empresariales_y_derechos_procesal/?p22](http://www.cedpe.com/blogs/Delitos_empresariales_y_derechos_procesal/?p22), consultado 15 de julio de 2015
- 161 JAIME MARTÍNEZ, Héctor Armando. *"Los derechos fundamentales de la persona del trabajador (Especial referencia al Derecho Comparado)"*, **Revista Derecho del Trabajo-Extraordinaria**, No. 5, Universitas, Venezuela, 2008

- 162 JANA LINETZKY, Andrés. *“La eficacia horizontal de los derechos fundamentales”*, <http://islandia.law-yale.edu/sela/sjana.pdf>, consultado en octubre de 2009.
163. JELLINECK, George. *Sistema dei Diritti Pubblici Subbiettivi*, Milán, Societ Editrice Libraria, 1919
- 164 JELLINECK, George *Teoría General del Estado*, Fondo de Cultura Económica, México D.F , 2000.
165. JIMENEZ CAMPO, Javier *Derechos Fundamentales, Concepto y Garantías*, Editorial Trotta, España, 1999
- 166 JOVANÉ BURGOS, Jaime Javier *Estudios Contemporáneos sobre Derecho Laboral: Reflexiones y Consideraciones sobre la Problemática Laboral en la Actualidad*, Editorial Portobelo, Biblioteca de Autores Panameños, Panamá, 2010.
- 167 JOVANÉ BURGOS, Jaime Javier *Metodología de la Investigación Jurídica: Un enfoque hacia la elaboración de la tesis doctoral*, Editorial Portobelo, Biblioteca de Autores Panameños, Panamá, 2010
- 168 JOVANÉ BURGOS, Jaime Javier *Derecho Administrativo Principios Generales de Derecho Administrativo*, Editorial Portobelo, Biblioteca de Autores Panameños, Panamá, Tomo I, 2011
- 169 JOVANÉ BURGOS, Jaime Javier *Tribunales o Cortes Constitucionales en Europa: Visión analítica de su importancia como órgano de control de los tres poderes públicos del Estado*, Editorial Portobelo, Panamá, 2012
- 170 JOVANÉ BURGOS, Jaime Javier *Instituciones Procesales para la Protección de los Derechos Constitucionales*, Editorial Portobelo, Panamá, 2014
- 171 JULIO ESTRADA, Alexei *La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares*, Universidad Externado de Colombia, Colombia, 2001
- 172 KAHALE CARRILLO, Djamil Tony. *“Las nuevas tecnologías en las relaciones laborales ¿avance o retroceso?”*, *Revista de Derecho*, No 25, Universidad del Norte, 2006
- 173 KELSEN, Hans *Teoría Pura del Derecho*, 4ª ed, Editorial Universitaria de Buenos Aires, Argentina, 2006
- 174 LANDA, César *Derechos Fundamentales y Justicia Constitucional*, Editorial Porrúa, Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, No 45, México, 2011
- 175 LACHMAN VARELA, Ricardo *Derecho Laboral Marítimo*, 2ª ed, Editorial Juris Textos, S A , Panamá, 2000.
176. LASTRA LASTRA, José Manuel *Derecho Sindical*, 2ª ed , Editorial Porrúa, S.A , México, 1993

177. LOPEZ MURCIA, Julián Daniel y Otros **La Garantía de los Derechos Sociales**, Colección Profesores, Pontificia Universidad Javeriana, Colombia, 2009.
- 178 LÓPEZ PINTOR, Rafael **Sociología Industrial**, 3ª ed., Editorial Alianza Universidad Textos, Madrid, España, 1995
- 179 LÓPEZ AHUMADA, Eduardo *"La Tutela del Derecho a la Intimidad del Trabajador y El Control Audio-Visual de su Actividad Laboral"*, **Cuadernos Electrónicos No. 3**, Enero-Junio, 2006
- 180 LOUSADA AROCHENA, José Fernando **La Tutela de los Derechos Fundamentales y de las Libertades Públicas en la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social**, Editorial Bomarzo, España, 2012
- 181 MADRID-MALO GARIZÁBAL, Mario **Derechos Fundamentales**, 3ª ed , Editorial Panamericana, Bogotá, Colombia, 2004
- 182 MARÍN ALONSO, Inmaculada *"La facultad fiscalizadora del empresario sobre el uso del correo electrónico en la empresa su limitación en base al derechos fundamental al secreto de las comunicaciones"*, **Revista Temas Laborales**, No 75, España, 2004
- 183 MARTÍNEZ ESTAY, José Ignacio *"Los Particulares como Sujetos Pasivos de los Derechos Fundamentales La Doctrina del Efecto Horizontal de los Derechos"*, **Revista Chilena de Derecho**, Número Especial, Chile, 1998
- 184 MARTÍNEZ VIVOT, Julio **Acoso sexual en las relaciones laborales**, Editorial Astrea, Argentina, 1995
- 185 MARTINEZ ZORRILLA, David **Conflictos constitucionales, ponderación e indeterminación normativa**, Editorial Marcial Pons, España, 2007
- 186 MARTÍNEZ-PUJALTE, Antonio Luis y Otro, **Los derechos fundamentales en el sistema constitucional, Teoría general e implicaciones prácticas**, Editorial Comares, España, 2011
- 187 MARZI MUÑOZ, Daniela *"¿Quién le teme a los derechos fundamentales? Sobre el procedimiento de tutela de la Reforma Laboral"* www.anuariocdh.uchile.cl, consultado el 16 de noviembre de 2010
- 188 MEJIA EDWARDS, Jerónimo *"Control de Constitucionalidad y Control de Convencionalidad en Panamá"*, **Temas de Derecho Procesal Constitucional Latinoamericano**, Panamá, 2012
- 189 MELIS VALENCIA, Christian **El Contrato Individual de Trabajo en los Dictámenes de la Dirección del Trabajo**, 2ª ed , Editorial Legal Publishing, Chile, 2009

190. MELIS VALENCIA, Christian **Los Derechos Fundamentales de los Trabajadores como Límites a los Poderes Empresariales**, Editorial Legal Publishing, Chile, 2009
- 191 MEMBREÑO VIRGILIO, Carlos **La Prueba Ilícitamente Obtenida**, Editorial Portobelo, Biblioteca de Autores Panameños, Panamá, 2010
192. MIERES MIERES, Luis Javier *"La Protección Constitucional de los derechos a la Intimidad y a la Propia Imagen en las Relaciones Laborales una visión desde la jurisprudencia constitucional"*, **Revista R.V.A.P., número especial 99-100**, Mayo-Diciembre, 2014
- 193 MIJANGOS Y GONZÁLEZ, Javier **Los Derechos Fundamentales entre Particulares**, Editorial Porrúa, México, 2007
- 194 MOLINA NAVARRETE, Cristóbal *"La batalla por el derecho humano a un ambiente laboral libre de acoso-mobbing Las miradas europeas y latinoamericanas"*, **Revista de Derecho del Trabajo-Extraordinaria, No.5**, Universitas, Venezuela. 2008
- 195 MOLINO GARCIA, Edwin *"Criterios para la creación de un Tribunal Constitucional"*, **Revista Lex No.4**, abril-agosto, Colegio Nacional de Abogados de Panamá, Panamá, 1993
- 196 MOLINO MOLA, Edgardo *"El Control Constitucional de los Derechos Fundamentales"*, **IV Congreso Panameño de Derecho Procesal**, Instituto Colombo Panameño de Derecho Procesal, 2007
- 197 MOLINO MOLA, Edgardo *"La Jurisdicción Constitucional en las Reformas Constitucionales propuestas para el 2013 en Panamá"*, **Temas de Derecho Procesal Constitucional Latinoamericano**, Panamá, 2012
- 198 MONEREO PEREZ, José Luis **La Carga de la Prueba en los Despidos Lesivos de los Derechos Fundamentales**, Editorial Tirant lo Blanch, España, 1996
- 199 MONEREO PEREZ, José Luis. **La Protección de los Derechos Fundamentales. El modelo europeo** Editorial Bomarzo, España, 2009
- 200 MONTAÑA PLATA, Alberto **El Concepto de Servicio Público en el Derecho Administrativo**, 2ª ed , Universidad Externado de Colombia, Colombia, 2005
- 201 MONTOYA MELGAR, Alfredo. **Derecho del Trabajo**, 16ª ed , Editorial Tecnos, S A , España, 1995
- 202 MORGADO VALENZUELA, Emilio. *"La Constitucionalización del Derecho del Trabajo y de Seguridad Social"*, **Ensayos sobre Historia Constitucional de Panamá**, Editora Jurídica Panameña, Panamá, 1986
203. MOSCOTE, José Dolores **El Derecho Constitucional Panameño**, Edit Star and Herald, Panamá, 1943

- 204 MUÑOZ POPE, Carlos Enrique *"La Justicia Penal en la Reforma Constitucional de 2004"*, **Estudios de Derecho Judicial**, Editorial Sibauste, S. A , Panamá, 2008.
205. MURGAS TORRAZZA, Rafael *"La Legitimidad Pasiva en el Amparo"*, **Estudios de Derecho Judicial**, Editorial Sibauste, S A , Panamá, 2008
206. MURGAS TORRAZZA, Rafael. *"El Procedimiento de Faltas"*, **Procedimiento Laboral**, Colecciones Judiciales, No 1, Escuela Judicial, Panamá, 2000.
- 207 MURGAS TORRAZZA, Rolando, *"El marco jurídico de la igualdad por razón de sexo y el acoso en el trabajo en el derecho panameño"*, **Revista Novum Ius**, No. 15, Asociación Nueva Generación Jurídica, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad de Panamá, Panamá, 2010
- 208 MURGAS TORRAZZA, Rolando *"La tutela judicial contra los despidos nulos por discriminación experiencia comparada"*, **Revista Derecho del Trabajo, Extraordinaria 3**, Fundación Universitas, Venezuela, 2007
- 209 MURGAS TORRAZZA, Rolando. *"La protección en contra de la discriminación en el trabajo"*, **Reflexiones Jurídicas Laborales**, Editorial Trillas, México, 2010
- 210 MURGAS TORRAZZA, Rolando *"El nuevo constitucionalismo social y su relación con la protección del trabajo y con los derechos sociales como derechos humanos"*, **Revista de doctrina, jurisprudencia e informaciones sociales**, separata, Tomo LVI-No 250, abril-junio, Uruguay, 2013
- 211 NARANJO MESA, Vladimiro **Teoría Constitucional e Instituciones Políticas**, 9ª ed , Editorial Temis, S A , Colombia, 2006
- 212 NIPPERDEY, Hans C *Grundrechte und Privatrecht*, Krefeld, Im Scherpe, 1961
- 213 NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto **Derechos Fundamentales y Garantías Constitucionales**, Editorial Publishing, Chile, 2009
- 214 NOGUEIRA GUASTAVINO, Magdalena *"El principio de igualdad y no discriminación en las relaciones laborales perspectiva constitucional reciente"*, **Revista Lan Harremnanak**, 25, 2012
- 215 NOGUERA FERNÁNDEZ. Albert **Los derechos sociales en las nuevas constituciones latinoamericanas**, Tirant Lo Blanch, España, 2010
- 216 NUÑEZ PAZ, Sandro Alberto **El Correo Electrónico Laboral: Límites en su uso y control**, Fondo Editorial, Pontificia Universidad Católica del Perú, Perú, 2009
217. OJEDA AVILÉS, Antonio **Derecho Sindical**, 7ª ed , Editorial Tecnos, S A , España, 1995

- 218 OLANO GARCÍA, Hernán Alejandro *"El Bloque de Constitucionalidad en Colombia"*, Estudios Constitucionales, año/vol.3, número 1, **Centro de Estudios Constitucionales**, Santiago de Chile, 2005.
219. OLANO GARCÍA, Hernán Alejandro **Hermenéutica Constitucional**, Editorial Gustavo Ibañez, Colombia, 2009
- 220 OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO, **Constitución de la Organización Internacional del Trabajo y su Reglamento de la Conferencia Internacional del Trabajo**, Ginebra, 2003
- 221 PAINE, Thomas **Los Derechos del Hombre**, Fondo de Cultura Económica, México, 1996
- 222 PACHECO ZERGA, Luz *"Los derechos fundamentales del trabajador en la jurisprudencia constitucional"*, **Estudios sobre la Jurisprudencia Constitucional en Materia Laboral y Previsional**, Academia de la Magistratura y Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y Seguridad Social, Perú, 2004
- 223 PACHECO ZERGA, Luz *"Poder de dirección y derecho a la intimidad del trabajador en relación a su persona y salud"*, **Revista Asesoría Laboral**, Diciembre, Perú, 2009.
- 224 PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel Carlos *"El derecho a la igualdad y no discriminación en el ordenamiento laboral español"*, **Revista Derecho del Trabajo No 2**, enero-diciembre, Fundación Universitas, Venezuela, 2006
- 225 PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel Carlos **Derecho del Trabajo e Ideología**, 5ª ed., Editorial Tecnos, S A , España, 1995.
- 226 PALOMEQUE LÓPEZ. Manuel Carlos **Los Derechos Laborales en la Constitución Española**, Centro de Estudios Constitucionales, España, 1991
- 227 PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel Carlos y ÁLVAREZ DE LA ROSA, Manuel **Derecho del Trabajo**, 10 ed , Colección CEURA, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces. S A , España, 2002
- 228 PISARELLO, Gerardo **Los Derechos Sociales y sus Garantías, Elementos para una Reconstrucción**, Editorial Trotta, España, 2007
- 229 PLA RODRÍGUEZ, Américo **Los Principios del Derecho del Trabajo**, 3a ed , Editorial Depalma, Argentina, 1998
- 230 PARDO FALCÓN, Javier *"Los Derechos Fundamentales como Límites de los Poderes Jurídicos del Empresario" (Un comentario de las SSTC 99/1994, 11 de abril, y 6/1995, de 10 de enero)*, **Revista Española de Derecho Constitucional, Año 17, Núm. 49, Enero-Abril, 1997.**
- 231 PASCO COSMÓPOLIS, Mario *"Constitucionalismo Social y Derecho del Trabajo"*, **Revista Novum Ius No. 10**, Asociación Nueva Generación Jurídica, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad de Panamá, Panamá, 1995

- 232 PASCO COSMÓPOLIS, Mario. *"Evolución y tendencias de la constitucionalización de los derechos laborales en América Latina"*, **Revista Derecho del Trabajo, Extraordinaria 3**, Fundación Universitas, Venezuela, 2007
- 233 PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. **Lecciones de Derechos Fundamentales**, Editorial Dykinson, Madrid, 2004
- 234 PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio **Curso de Derechos Fundamentales, Teoría General**, Colección Cursos, Universidad Carlos III de Madrid, Boletín Oficial del Estado, Madrid, España, 1995.
- 235 PEDRAJAS MORENO, Abdón, **Despido y Derechos Fundamentales, Estudio especial de la presunción de inocencia**, Editorial Trotta, España, 1992
- 236 PEDRAJAS MORENO, Abdón y SALA FRANCO, Tomás *"La indumentaria del trabajador y otros elementos que afectan a su aspecto e imagen externa durante el trabajo"*, **Boletín Laboral**, Madrid-España, 2008, www.abdonpedrajas.com , consultado en octubre de 2009
- 237 PEREZ LUÑO, Antonio Enrique **Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución**, 5ª ed , Editorial Tecnos, S A., España, 1995
- 238 PEREZ LUÑO, Antonio Enrique **Los Derechos Fundamentales**, 11ª ed , Editorial Tecnos, S A , España, 2013.
- 239 PRIETO SANCHIS, Luis *"La limitación de los derechos fundamentales y la norma de clausura del sistema de libertades"*, **Estudios sobre derechos fundamentales**, Madrid, Debate, 1990
- 240 PRIETO SANCHIS, Luis **Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales**, 2ª ed , Editorial Trotta, S.A , España, 2009.
- 241 POYAL COSTA, Ana *"La eficacia de los derechos humanos frente a terceros"*, **Revista de Derecho Político, No. 34**, Facultad de Derecho, Departamento de Derecho Político, Universidad Nacional a Distancia, España, 1991
- 242 QUINTERO CORREA, César *"Anotaciones sobre la Guarda Judicial de la Constitución"*, **Revista de Derecho No. 3**, Asociación Profesionales de la Nueva Generación Jurídica, Panamá, 1998
- 243 QUIROZ ALMANZA, Carlos Guillermo *"Acción de Amparo de Garantías Constitucionales contra Actos de Particulares"*, **Revista de Derecho No. 2**. Asociación Profesionales de la Nueva Generación Jurídica, Panamá, 1997.
- 244 QUIROZ ALMANZA, Calos Guillermo. *"Necesidad de la acción de amparo de garantías constitucionales contra actos de particulares"*, Conferencia ofrecida en el **XI Congreso Panameño de Derecho Procesal**, Memoria, Instituto Colombo Panameño de Derecho Procesal, Panamá, 2014.

245. RECASENS SICHES, Luis. **Tratado General de Sociología**, 18ª ed., Editorial Porrúa, S.A., México, 1980
246. REY CANTOR, Ernesto y RODRÍGUEZ RUÍZ, María Carolina **Las Generaciones de los Derechos Humanos**, 5ª ed, Editorial Gustavo Ibañez, Colombia, 2007
247. RODRÍGUEZ MANZINI, Jorge **Derechos Fundamentales y Relaciones Laborales**, Editorial Astrea, S A , Argentina, 2004
248. RODRÍGUEZ CARDO Iván Antonio. *"La incidencia de la libertad religiosa en la relación de trabajo desde la perspectiva del Tribunal Constitucional Español"*, **Revista Direitos Fundamentais & Justicia**, Año 5, No 15, abril-junio, 2011
249. RODRÍGUEZ CARDO, Iván Antonio **Poder de Dirección Empresarial y Esfera Personal del Trabajador**, Colección de Estudios, No 9, Consejo Económico y Social del Principado de Asturias, España, 2008
250. RODRÍGUEZ COARASA, Cristina *"Algunas proyecciones del derecho constitucional a la intimidad en el ámbito laboral"*, **Revista de Derecho Político**, No.51, España, 2001
251. RODRÍGUEZ MELÉNDEZ, Roberto Enrique *"Derechos Fundamentales entre Particulares Una introducción a su problemática protección constitucional e internacional"*, www.csj.gob.sv/Doctrina.nsf/, consultado 16 de noviembre de 2010
252. RODRÍGUEZ MELÉNDEZ, Roberto Enrique *"Derechos Fundamentales entre Particulares Una introducción a su problemática protección constitucional e internacional"*, **Revista de Derecho Constitucional**, No.25, publicaciones de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador, 1998
253. RODRIGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER, Miguel *"Igualdad y no discriminación en el empleo"*, **Derecho y Conocimiento**, vol 1, Universidad de Huelva, España, 2001
254. ROJAS RIVERO, Gloria P **La Libertad de Expresión del Trabajador**, Editorial Trotta, S.A., Madrid, 1991
255. SAGARDOY BENGOCHEA, Juan A **Los derechos fundamentales y el contrato de trabajo**, Editorial Arazandi, S A , España, 2005
256. SÁNCHEZ, Salvador *"El amparo en Panamá"* **Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla**, Año V, No 27, enero-junio, México, 2011
257. SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo *"Derechos fundamentales de titularidad general o inespecífica y contrato de trabajo en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español"*, **Derecho Laboral**, No 214, Montevideo, 2004.

- 258 SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo. **Derecho Constitucional del Trabajo. Relaciones de Trabajo en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional**, Diálogo con la Jurisprudencia, Perú, 2007
- 259 SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo **Derecho del Trabajo. Tendencias Contemporáneas**, Editora y Librería Jurídica Gryley, Perú, 2013.
- 260 SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo y CARBALLO MENA, César Augusto. **Derechos Fundamentales del Trabajador y Libertad de Empresa**, Universidad Católica Andrés Bello, Venezuela, 2014.
- 261 SANTANA VÁSQUEZ, Candelario "*La desnaturalización de las Juntas de Conciliación y Decisión en el Derecho Procesal Laboral Panameño*", **Revista de Derecho Procesal**, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad de Panamá, 2001
- 262 SARAZÁ JIMENA, Rafael **La protección jurisdiccional de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares** Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2011
263. SEPÚLVEDA GÓMEZ, María "*Los derechos fundamentales inespecíficos a la intimidad y al secreto de las comunicaciones y el uso del correo electrónico en la relación laboral Límites y Contra Límites*", **Revista Temas Laborales**, No.122, España, 2013
- 264 SOLER MENDIZABAL, Ricaurte **Proceso de Juzgamiento de Faltas Laborales, Aspectos Procesales**, Editorial Portobelo, Panamá, 1999
- 265 SOTELO, Ignacio **El Estado Social: antecedentes, origen, desarrollo y declive** Editorial Trotta, S A , España 2012
- 266 SCHMITT, Carl **Teoría de la Constitución**, Editora Nacional, S A , México, 1966
- 267 SEGOVIANO ASTABURUAGA, María Luisa "*El Difícil Equilibrio entre El Poder de Dirección del Empresario y Los Derechos Fundamentales de los Trabajadores*", **Revista Jurídica de Castilla y León**, No.2, Febrero, España, 2004
- 268 SEGOVIANO ASTABURUAGA, María Luisa "*La Tutela de los Derechos Fundamentales en el Ámbito Laboral*", **Revista Jurídica de Catalunya No.3, Justicia Constitucional**, España, 2008
- 269 SEMPERE, Antonio "*Modulación Laboral de los Derechos Cívicos*", **Revista Personas y Derecho**, No 54, España, 2006
270. SILVA IRARRAZAVAL, Luis Alejandro "*Supremacía constitucional y tutela laboral*", **Revista de Derecho**, Vol XXIV, No 1, julio, Chile, 2011
- 271 SOLOZABAL ECHAVARRIA, Juan José. "*Algunas cuestiones básicas de la Teoría de los Derechos Fundamentales*", **Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)**, No 71, enero-marzo, España, 1991

- 272 TORTORA ARAVENA, Hugo. *"Las limitaciones a los derechos fundamentales"*, **Estudios Constitucionales**, Año 8, No 2, Centro de Estudios constitucionales de Chile, Universidad de Talca, 2010.
273. TORRES DE LEÓN, Vasco *"La recepción de los derechos fundamentales de la OIT en la Legislación Laboral Panameña"*, **Revista de Derecho Social**, Departamento de Derecho Social de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Panamá, Panamá, 2003
- 274 TORRES DE LEÓN, Vasco *"Marco Jurídico de las Relaciones Laborales en el Canal de Panamá"*, **Revista de Relaciones Laborales de la Junta de Relaciones Laborales de la Autoridad del Canal de Panamá**, No.1, Panamá, 2007
- 275 TORRES DE LEÓN, Vasco. **El Contenido del Convenio Colectivo Panameño**, Colección Papeles Laborales, Panamá, 1998
276. TORRES DE LEÓN, Vasco. **Trabajo en el Mar y en las Vías Navegables**, Colección Papeles Laborales, No 4, Panamá, 1998
- 277 TORRES DE LEÓN, Vasco **Curso de Derecho Procesal del Trabajo**, Colección Papeles Laborales, No 6, Panamá, 2003
- 278 TORRES CORREDOR, Hernando *"Protección de los derechos constitucionales laborales (sociales) en el Tribunal Constitucional colombiano"*, Conferencia Magistral, **XI Congreso Panameño de Derecho Procesal**, Memoria, Panamá, 2014
- 279 UGARTE CATALDO, José Luis *"El derecho a la intimidad y la relación laboral"*, **Boletín Oficial de la Dirección del Trabajo**, No 139, Chile, 2000
280. UGARTE CATALDO, José Luis *"La Tutela de Derechos Fundamentales y el Derecho del Trabajo De Erizo a Zorro"*, **Revista de Derecho**, Vol XX- No 2-Diciembre, Chile, 2007
- 281 UGARTE CATALDO, José Luis **El Nuevo Derecho del Trabajo**, 2ª ed , Editorial Legal Publishing, Chile, 2009.
- 282 UGARTE CATALDO, José Luis **Tutela de Derechos Fundamentales del Trabajador**, Editorial Legal Publishing, Chile, 2009
- 283 UGARTE CATALDO, José Luis *"Privacidad, trabajo y derechos fundamentales"*, **Revista Lex**, Colegio Nacional de Abogados de Panamá, Panamá, 2010
- 284 UGARTE CATALDO, José Luis *"Los Derechos Fundamentales del Trabajador y la Buena Fe en el debate español"*, **Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso XXXVI**, 1er Semestre, Chile, 2011
- 285 UGARTE CATALDO, José Luis. **Derechos Fundamentales en el Contrato de Trabajo**, Editorial Legal Publishing, Chile, 2013

- 286 ULLOA, Daniel *"Aspectos laborales en la ley de libertad religiosa y su reglamento"*, **Revista Derecho No. 68**, Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Perú, 2012
- 287 UPRIMNY, Rodrigo *"El Bloque de Constitucionalidad en Colombia Un análisis jurisprudencial y un ensayo de sistematización doctrinal"*, www.usergioarboleda.edu.co/.alcance_jurisprudencial.htm, consultado en octubre 2009.
- 288 VALDES DAL RÉ, Fernando *"La vinculabilidad jurídica de los derechos fundamentales de la persona del trabajador una aproximación de derecho comparado"*, **Derecho Privado y Constitución**, No.17, enero-diciembre, España, 2003
289. VALDÉS DAL RÉ, Fernando *"Los Derechos Fundamentales de la Persona del Trabajador"*, **XVII Congreso Mundial de Derecho del Trabajo y Seguridad Social**, 2 al 5 de septiembre de 2003, Libro de Informes Generales, Uruguay, 2003
- 290 VALDÉS, Plinio *"La Necesidad del Derecho a la Intimidad"*, **Anuario de Derecho No. 43**, Centro de Investigación Jurídica, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad de Panamá, 2014
- 291 VALENCIA MORENO, Alexander **Lecciones de Derecho Civil: Personalidad, Personas y Actos o Negocios Jurídicos**, Editora Novo Art, S A , Panamá, 2010
- 292 VALPUESTA FERNÁNDEZ, Rosario *"La eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares"*, **Ecuador Debate, Revista Especializada en Ciencias Sociales**, No 71, julio agosto, Ecuador, 2007
- 293 VARGAS VELARDE, Oscar **Derecho del Trabajo**, Colección Domingo H Turner Pino, Panamá, 2007
- 294 VARGAS VELARDE, Oscar **Las Causas Justas del Despido Disciplinario**, Bufete Illueca, Panamá, 2000
- 295 VARGAS VELARDE, Oscar **La Evolución Constitucional en el Panamá Republicano**, Editorial Portobelo, Panamá, 2014
- 296 VÁLTICOS, Nicolás **Derecho Internacional del Trabajo**, 2ª ed , Editorial Tecnos, S A , España, 1977
- 297 VEGA, María Luz *"Igualdad y no discriminación por razones de género una visión jurídica"*, **Revista de Trabajo**, No 6 Agosto-Diciembre, Año 4, 2008
- 298 VILA CASADO, Iván **Fundamentos del derechos constitucional contemporáneo**, 2a ed , Editorial Legis, Información & Soluciones, Colombia, 2012

299. VILLACORTA MANCEBO, Luis. "*Jurisdicción Constitucional y Derechos Fundamentales Aspectos a destacar en el contexto de la discusión española*", *Revista Ius et Praxis*, Año 17, No 1, 2011.
300. VILLEGAS GONZÁLEZ, Yolanda Alicia. *Drittwirkung Der Grundrechte: Estudio Comparado y Aplicación en México*, Editorial Académica Española, Estados Unidos de América, 2011
301. WILL GUERRERO, Roberto *Lecciones de Derecho Laboral Marítimo*, Universidad de Panamá, Panamá, 2004
302. ZAMBRANO BORRERO, Francisco José *Hacia un Tribunal Constitucional*, Editora Cheng, S A., Panamá, 2012
303. ZUBIZARRETA, Armando *La Aventura del Trabajo Intelectual: cómo estudiar y cómo investigar*, Fondo Educativo interamericano, Colombia, 1969.
304. ZUÑIGA PADILLA, Luis Fernando "*La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares en la jurisprudencia mexicana*", www.ijf.cjf.gob.mx/publicaciones/revista/28/laeficacia.pdf, consultado en octubre de 2009